Rücktritt vom Versuch und tätige Reue.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät, Rechtswissenschaftlichen Abteilung, der Universität Tübingen

vorgelegt von

Walter Hohmann
Badeborn
Referendar am Amtsgericht in Ballenstedt-Harz.

1931.

Druck von
Rühling & Paetz, Ballenstedt-Harz.

Referent: Professor Dr. Schoetensack.

Tag der mündlichen Prüfung
8. Juni 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

In Dankbarkeit
meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550003_0023

Einteilung.

Einleitung.

Seite

§ 1. Terminologie 9

Erster Abschnitt.

Rücktritt vom Versuch und tätige Reue nach geltendem Recht.

A. Der Rücktritt vom Versuch.

I. Kapitel:

Voraussetzungen des Rücktritts:

§ 2. a) beim sogen. nicht beendigten Versuch § 46 I . 13
§ 3. b) beim sogen. beendigten Versuch § 46 II . . 17

II. Kapitel:

Wirkungen des Rücktritts und deren Begründung:

§ 4. a) Straflosigkeit als Wirkung des Rücktritts . . 21
b) Gründe für die Straflosigkeit
§ 5. 1. kriminalpolitische Gründe 22
§ 6. 2. Rechtsgründe 24

III. Kapitel:

Umfang der Wirkungen des Rücktritts vom Versuch.

§ 7. a) Der qualifizierte Versuch 31
§ 8. b) Der Begriff des „Versuches“ § 46 32
§ 9. c) Die Wirkungen des Rücktritts auf die Teilnehmer 36
1. Teilnahme im weiteren Sinne (mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft) 37
2. Teilnahme im engeren Sinne 39
§ 10. α) Allgemeines 39
§ 11. β) Die Anstiftung 41
§ 12. γ) Die Beihilfe 43

B. Tätige Reue.

§ 13. I. Allgemeines 46
II. Die einzelnen Fälle der tätigen Reue im St.G.B.
§ 14. a) Tätige Reue beim Meineid und der falschen eidesstattlichen Versicherung (§§ 158, 163 II St.G.B.) 47
§ 15. b) Die tätige Reue beim Zweikampf (§ 204 St.G.B.) 50
§ 16. c) Tätige Reue bei der Brandstiftung (§ 310) . . 54

Zweiter Abschnitt.

§ 17. **Rücktritt vom Versuch und tätige Reue im Strafgesetzbuchentwurfe von 1927** 56

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld: In Festgabe für Frank 1930, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft Bd. 2.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht I. Bd. 1906, II. Bd. 1907, III. Bd. 1909.

Baumgarten: Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1888.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1898.

Binding: Die Schuld im Deutschen Strafrecht.

Binding: Das bedingte Verbrechen. „Der Gerichtssaal", Bd. 68.

Binding: Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, 1897 und II. Aufl. 1904.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts. 1890.

v. Buri: Über das Wesen des Versuchs; in Goltdammers Archiv, Bd. 25.

Cohn: Die Revisionsbedürftigkeit des Versuchsbegriffes, strafrechtliche Abhandlungen, Bd. 192.

Dahlmann: Der freiwillige Rücktritt vom Versuch. Diss. 1911.

Dopffel: Zur Lehre vom Rücktritt vom Versuch. „Der Gerichtssaal", Bd. 94.

Feuerbach: Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes zu einem peinlichen Gesetzbuche, II. Teil. 1804.

Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1904.

Fornet: Die Wirkung der thätigen Reue, welche nach vollendetem Verbrechen entsteht auf die Festsetzung der Strafe. „Der Gerichtssaal", Bd. 20.

Frank: Vollendung und Versuch. Vergleichende Darstellungen Bd. V.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1926.

Häberlin: Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem Reichsstrafgesetzbuch. „Der Gerichtssaal", Bd. 24.

Hälschner: Das gemeine Deutsche Strafrecht. I. Bd. 1881.

Herbst: Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuche nach § 46 I des Deutschen Strafgesetzbuches. Goltdammers Archiv Bd. 32.

Herzog: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Diss. 1898 und Monographie 1899.

Hatzig: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Diss. 1897.

Kemsies: Die tätige Reue als Schuldaufhebungsgrund. Strafrechtl. Abhandlung 257—259.

Klee: Wille und Erfolg. Strafrechtl. Abhandl. 15—18.

Köstlin: System des Deutschen Strafrechts. 1855.

Liepmann: Die Reue vom kriminalistischen Standpunkt. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 22.

v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes. Herausgegeben von E. Schmidt, 25. Aufl. 1927.

Loeb: Der Versuch. Strafrechtl. Abhandl. 176—181.

Luden: Die Lehre vom Versuch des Verbrechens. II. Teil 1836.

Merkel: Grundriß des Strafrechts.

Meves: Grundsätze des Reichsstrafgesetzbuches über die tätige Reue. „Der Gerichtssaal", Bd. 24.

Meyer: Lehrbuch des Strafrechts. 5. Aufl. 1855.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl. 1912.

Natorp: Mangel am Tatbestand. Srafrechtl. Abhandl. 202—204.

Oetker: Strafe und Lohn. „Der Gerichtssaal", Bd. 70.

Oetker: Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe, Zeitschr. f. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 17.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. 1927.

Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901.

Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879.

Schaper: Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen in von Holtzendorfs Handbuch des Strafrechts. Bd. 3.

Schlecht: Zur Lehre vom qualifizierten Versuch. Diss. 1899.

Schmitz: Der freiwillige Rücktritt vom Versuch. Diss. 1912.

Schmitz-Otto: Die tätige Reue. Diss. 1916.

Schoetensack: Verbrechensversuch in Festgabe für R. Frank, 1930. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Bd. 2.

Schoetensack: Tätige Reue. Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 2.

Schoetensack: Arten der Rechtssätze. „Der Gerichtssaal", Bd. 83.

Schoetensack: In „Der Gerichtssaal", Bd. 91.

Schoetensack: Der Verbrechensversuch und deutscher Strafgesetz-Vorentwurf in Festschrift für Binding, 1911.

Schuh: Der Rücktritt vom Versuch und seine Bedeutung für die Teilnahme. 1911.

Schütze: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1874.

Schwarze: Komentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich, 5. Aufl. 1884.

Seeger: Bemerkungen zu dem Entwurf eines norddeutschen Strafgesetzbuches und den Verhandlungen des Reichstags über denselben. Goltd. Arch. Bd. 18.

Spohr: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Strafrechtliche Abhandlung 214—215.

Stern: Über die Reue, Arch. für Strafrecht und Strafprozeß, 51. Jahrgang 1904.

Wein: Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Diss. 1909.

Wächter: Deutsches Strafrecht 1881.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Einleitung.

§ 1.

Terminologie.

Bevor die eigentliche Aufgabe unserer Arbeit behandelt werden kann, muß über die Terminologie, die zur Anwendung kommen soll, Klarheit herrschen. Das Gesetz selbst hat für die Materie, die es im § 46 St. G. B. behandelt, keinen terminus technicus geprägt. Es ist also der Wissenschaft anheimgestellt, hierfür Fachausdrücke zu finden. Daher herrscht auch in diesem Punkte durchaus keine Einheitlichkeit.

Es gibt drei Möglichkeiten für den Täter, den durch sein verbrecherisches Verhalten drohenden Erfolg zu verhindern.

1. Indem er, bevor alle Ausführungshandlungen beendet sind, seine Tätigkeit einstellt und sich passiv verhält.
2. Indem er nach Beendigung aller Ausführungshandlungen, aber vor Eintritt der formellen Vollendung, den Erfolg verhindert.
3. Indem er nach formeller Vollendung den Eintritt der eigentlichen Rechtsgüterverletzung oder eines weiteren Schadens verhindert.

Für diese 3 Fälle stehen in der Literatur im allgemeinen[1]) die beiden termini technici „Rücktritt vom Versuch“ und „tätige Reue“ zur Verfügung.

Die Bezeichnung der 3 Tatbestände, wie sie mit den technischen Ausdrücken geschieht, ist nun aber durchaus nicht einheitlich.

Die meisten Schriftsteller wenden für die Fälle zu 1 und 2 den Ausdruck „Rücktritt vom Versuch“ und für den Fall zu 3 den Ausdruck „tätige Reue“ an.[2])

---

[1]) Anm. Einzelne Schriftsteller gebrauchen auch andere Ausdrücke, so z. B. Dahlmann, S. 14 „Aufgeben des Versuches“ und Herzog a. a. O. S. 6 „Abstehen vom Versuche“. Näheres darüber siehe weiter oben.

[2]) Schoetensack: tätige Reue S. 437; Prosch, Rücktritt S. 1; Frank Str. G. B. § 46 I; Binding Grundriß S. 119 und G. S. Band 68 S. 44, v. Bar: Die Schuld, Bd. 2 S. 548; Dahlmann S. 12.

Die Vertreter dieser Ansicht sehen nämlich in dem, was sie als tätige Reue bezeichnen, etwas rechtlich und in seinen Folgen wesentlich anderes, als in den beiden Fällen, die sie als Rücktritt vom Versuch bezeichnen. Das erstere ist ein Strafaufhebungsgrund, letzteres ein Unrechts- oder Schuldaufhebungsgrund.[1]) Darüber in einem späteren Teil der Arbeit näheres.

Fast ebenso häufig ist aber die Zahl derer, die unter Rücktritt vom Versuch nur den Fall zu 1, d. h. den Rücktritt vom unbeendigten Versuch verstehen. Die beiden anderen Fälle zu 2 und 3 bezeichnen sie dann als tätige Reue.[2])

Begründet wird diese Wahl damit, daß zum ersten Falle ein rein passives Verhalten, ein Nichtweiterhandeln genügt, daß den Fällen zu 2 und 3 aber ein „Tätigwerden" des Täters, ein positives Tun gemeinsam ist.[3])

Dagegen kann aber eingewandt werden, daß dies nicht immer und unbedingt richtig ist. Beim nichtbeendigten Versuch eines Unterlassungsdeliktes muß der Täter natürlich auch „tätig" werden. Hier besteht sein Zurücktreten vom Versuch gerade in der Aufgabe seines passiven Verhaltens und in einer positiven Tätigkeit, die den Causalverlauf, der durch sein Unterlassen in Bewegung gesetzt ist, aufhält. Außerdem kann der Täter natürlich auch beim unbeendigten Versuch ein Übriges tun und sein passives Verhalten zum positiven Handeln steigern.

Zum Beispiel: Ein Bademeister, der durch seine Anstellung verpflichtet ist, für die Badenden zu sorgen und im Notfalle ihr Leben zu retten, sieht, wie jemand am Ertrinken ist. Es ist aber ein alter Feind von ihm, und er entschließt sich, ihn ruhig ertrinken zu lassen und ihn nicht zu retten. Als der Ertrinkende noch einmal auftaucht, springt er ihm jedoch nach und bringt ihn in Sicherheit.

Zweifellos liegt hier unbeendigter Versuch vor, denn weder hatte der Bademeister objektiv alles getan, was zur Vollendung nötig war — er hätte ihn dann ertrinken lassen müssen — noch hat er wenigstens subjektiv geglaubt alles Erforderliche getan zu haben. Ein Anfang der Ausführungshandlungen, d. h. des Unterlassens liegt aber darin, daß er nicht gleich, als er die Gefahr erkannte, ihn rettete, sondern ihn erst einmal versinken läßt und ihn dann erst rettet.

---

[1]) Schoetensack: tätige Reue S. 375.

[2]) Berner: Lehrb. S. 148/49; Hatzig S. 13/14; Herzog S. 5 ff., v. Buri Goltd. Arch. Bd. 25 S. 290; Meves G. S. Bd. 24 S. 61.

[3]) Schmitz-Otto S. 2; Frank § 46 Bem. 3.

Ein Beispiel also, wo auch in den Fällen, die hier als Rücktritt vom Versuch bezeichnet werden, ein positives Tun nötig ist.

Damit entfällt aber die Grundlage dieser Art der Unterscheidung zwischen „tätige Reue“ und „Rücktritt vom Versuch“, die sich auf den Unterschied zwischen „positivem Tätigwerden“ und „passivem Nichtweiterhandeln“ stützt.[1])

Schließlich verwenden einige wenige — in der Hauptsache v. Liszt[2]), Schwarze[3]) — den Begriff „tätige Reue“ als Oberbegriff für alle Fälle und verstehen unter „Rücktritt vom Versuch“ nur einen Einzelbegriff, der die Fälle zu 1 umfaßt, aber dem Oberbegriff untergeordnet ist.

Gegen diese allgemein üblichen Bezeichnungen „Rücktritt vom Versuch“ und „tätige Reue“ ist vielfach Sturm gelaufen worden.

So polemisiert z. B. Dahlmann[4]) sehr stark gegen den Ausdruck „Rücktritt vom Versuch“. Scharfsinnig setzt er auseinander, daß man von einer Handlung nicht „zurücktreten“ könne. Zurück-„treten“ könne man nur von etwas, das außerhalb seiner Person läge, und das wirklich existent sei. Dieselben Bedenken hat er gegen Herzogs Ausdruck „Abstehen vom Versuch“. Er will diese unlogischen Ausdrücke durch den „materiell zutreffenden Ausdruck“ „Aufgeben des Versuches“ ersetzt haben.

Noch viel schärfere Kritik wird aber an dem terminus technikus „tätige Reue“ geübt.[5])

Meist ist man — in nicht immer ganz verständlicher Weise — bei dieser Kritisierung davon ausgegangen, daß die Reue ein rein ethischer Begriff sei. Diese Bedeutung des Wortes Reue ist aber weder dem allgemeinen Sprachgebrauche, noch der Etymologie nach die einzig mögliche und allein richtige.[6]) Vielmehr steht neben diesem Begriff der ethischen Reue der Begriff der egoistischen Reue. Im Leben wird ebenso oft da von Reue geredet, wo jemand sein Handeln aus utilitaristischen, eigennützigen Motiven bedauert, wie dort, wo ihn sein Gewissen mahnt und ihm sein Handeln aus sittlichen Gründen leid tut.

[1]) Anm. Auch Allfeld Festschr. f. Frank S. 82 erkennt an, daß in den Fällen der Unterlassungsdelikte selbst bei unbeendigtem Versuch „positives Tun“ des Zurücktretenden erforderlich ist.

[2]) § 48.

[3]) Komm. § 157 Lehrb. S. 287.

[4]) Rücktritt S. 13/14.

[5]) Olshausen § 310, 5 und Wein S. 27.

[6]) Schoetensack: „tätige Reue“ S. 426; Schmitz-Otto S. 1.

Diese beiden Arten der Reue stehen sich gegenüber; die eine Bedeutung ist so berechtigt wie die andere.

Im übrigen ist aber m. E. ein Streit über den Wert oder Unwert dieser Bezeichnungen „Rücktritt vom Versuch“ und „tätige Reue“ verhältnismäßig unwichtig und zwecklos. Seit langer Zeit bedient sich ihrer die Wissenschaft, und im allgemeinen drücken sie doch auch das, was sie bezeichnen sollen, mit genügender Klarheit aus. Auf alle Fälle wird sofort deutlich, um was es sich dabei handelt. Da aber einmal darüber gestritten wird, ist eine ausdrückliche Erklärung, welcher Terminologie man sich anschließt, am Platze, damit nicht schon durch eine solche Äußerlichkeit Unklarheiten erweckt werden.

In dieser Arbeit wird also unter „Rücktritt vom Versuch“ der Fall des § 46 I und 46 II St. G. B. verstanden und unter „tätiger Reue“ der Fall, in dem der Täter nach vollendetem Delikt sich durch eigenes Handeln Straffreiheit sichert.

1. Abschnitt.

Rücktritt vom Versuch und tätige Reue.

A. Der Rücktritt vom Versuch.

1. Kapitel:

Voraussetzungen des Rücktritts.

§ 2.

Der „sogenannte nicht beendigte Versuch".

I. Voraussetzungen des Rücktritts.

Das Reichsstrafgesetzbuch zählt im § 46 die einzelnen Voraussetzungen, unter denen der Täter straflos bleibt, in 2 Abschnitten auf. Und zwar getrennt für den sogenannten unbeendigten und den beendigten Versuch.

Beim unbeendigten Versuch bleibt der Täter straflos, wenn er:

„Die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren . . . .".

Das Gesetz fordert vom Täter ein „Aufgeben" der beabsichtigten Handlung, d. h. aber mit logischer Notwendigkeit, die Handlung darf noch nicht beendet sein, es muß für den Täter noch etwas zu tun über bleiben, damit er der Tat als solcher schuldig ist. Der Rücktritt besteht also hier in einem lediglich passiven Verhalten des Täters, in einem „Nichtweiterhandeln". Das, was zur Vollendung des Delikts noch getan werden mußte, wird unterlassen. Zum Beispiel: der Mörder, der das Gewehr auf sein Opfer schon angelegt hat, drückt nicht ab. Dieses passive Verhalten genügt, um den Rücktritt zu begründen.

Allerdings besteht Streit darüber, ob er die Vollendung des Deliktes endgültig aufgegeben haben muß, d. h. ob er den Entschluß zur Tat für alle Zeiten hat fallen lassen, oder ob es genügt, daß er von dieser konkreten Ausführung Abstand genommen hat.

Ersterer Ansicht ist Binding[1]), indem er einfach annimmt, dieses „Requisit" sei vom Gesetzgeber vergessen. Die Mehrzahl der Schriftsteller ist sich aber darüber einig, daß es

[1]) So Binding Grndr. S. 118.

genügt, wenn der Täter die augenblickliche Ausführung aufgibt.[1]) Erstens ist es schon rein praktisch beinahe unmöglich, eine endgültige Aufgabe des Entschlusses zu beweisen, und dann kann man auch nicht ein Erfordernis zu Ungunsten des Täters ohne jeden Anhalt in das Gesetz hinein interpretieren. Will der Täter erneut bei anderer Gelegenheit tätig werden, so ist das ein neuer Entschluß, der auch erst objektiv wieder in Erscheinung treten muß. Will er allerdings auf Grund seiner augenblicklichen Tätigkeit später weiter handeln, d. h. ist der vorliegende Teil nur eine Voraussetzung der späteren Tätigkeit, diese also lediglich die Fortsetzung der ersteren, dann liegt eben überhaupt kein „Aufgeben" sondern lediglich ein „Unterbrechen", oder „Aufschieben" vor. Dahlmann[2]) formuliert das so: „Das Aufgeben darf nicht begleitet sein von der konkretisierten Absicht unter anderen, voraussehbaren Umständen die Tat zu begehen, sodaß für den Täter die Gewißheit besteht, daß er doch noch vollendet, was er vollenden wollte. Dagegen darf das Aufgeben begleitet sein von der nicht konkretisierten Absicht, die Tat unter günstigen Umständen einmal wieder zu begehen. Der Entschluß ist dann also zwar noch vorhanden, der Täter sieht aber keine Möglichkeit, diesen Entschluß im Augenblicke des Rücktritts zu verwirklichen".

Es genügt demnach eine Aufgabe der Ausführung für den konkreten Fall; aber es muß dann auch ein Aufgeben, nicht nur ein Aussetzen der Tat sein. Letzteres liegt z. B. vor, wenn ein Einbruch durch einen geheimen Gang erfolgen soll, der in verschiedenen Nächten angefertigt wird.

Dieser Fall lenkt die Aufmerksamkeit auf eine andere Frage hin; ob ein Rücktritt nach § 46 I möglich ist bei einem Verbrechen, das in mehreren Teilen ausgeführt werden soll, die dann zusammen erst den Erfolg herbeiführen. Das kommt z. B. in Betracht bei dem Falle der Vergiftung durch Eingabe mehrerer, aufeinander folgender Dosen von Gift. Hier ist Ausführungshandlung nicht schon jede einzelne Teilhandlung, jede einzelne Giftgabe, sondern erst alle Teilhandlungen zusammen, die auch zusammen erst den Erfolg herbeiführen. Der Täter kann also so lange durch Aufgabe des Weiterhandelns zurücktreten, wie der letzte Teilakt noch nicht vollendet ist.[3]) Hat der Täter allerdings mit *einer* Handlung den Erfolg erreichen wollen, jedoch sein Ziel nicht erreicht und

[1]) Olshausen § 46, 22. Oppenhof § 46, 5. Hatzig S. 50. Wein S. 21. Dahlmann S. 64. Berner a. a. O. S. 149.

[2]) a. a. O. S. 65.

[3]) So Liszt § 48; Frank § 46; Hatzig S. 42.

sieht nun lediglich von einer Wiederholung, wozu ihm die Möglichkeit geboten ist, ab — z. B. der Täter schießt nach einem Fehlschuß trotz des noch mit mehreren Patronen geladenen Revolvers nicht noch einmal, — so kann natürlich von einem Aufgeben der Ausführungshandlung im Sinne des § 46 I keine Rede mehr sein. Die Ausführungshandlung, der Schuß, ist so, wie der Täter es gewollt hat, in die Tat umgesetzt.

Weiter verlangt aber der § 46 I, daß der Täter die Ausführungshandlung aufgegeben hat:

„ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren."

Die erste Streitfrage taucht da schon bei dem Wort „Umstände" auf. Was sind Umstände? In der Literatur wird vor allen Dingen darüber gestritten, ob man darunter nur etwas Objektives, in der Außenwelt Wahrnehmbares verstehen soll, oder ob auch die sogen. facta interna, rein innerliche, subjektive Vorgänge, darunter fallen, (z. B. der Täter glaubt infolge Irrtums an der Ausführung verhindert zu sein). Im preuß. Strafgesetzbuch von 1851 hieß es in § 31 klar und unzweideutig „äußere Umstände". Das Wort „äußere" fehlt im geltenden Strafgesetzbuch. Daraus könnte man zunächst am einfachsten entnehmen, daß jetzt eben nicht mehr allein diese äußeren Umstände gemeint wären, sondern auch die facta interna dieselbe Rolle spielen würden. Dagegen werden aber allerlei Bedenken erhoben. Einmal macht Herzog [1]) geltend, daß das Wort „äußere" rein zufällig vom Gesetzgeber weggelassen wäre; das hieße also es wäre vergessen worden! Irgend ein Grund, dem Gesetzgeber eine solche Nachlässigkeit vorzuwerfen, ist aber nicht vorhanden. Dann meint er, aus der sprachlichen Bedeutung des Wortes „Umstand" entnehmen zu können, daß es sich nur um etwas Äußeres handeln könne, und der Zusatz des preuß. Strafgesetzbuches sei im R. Str. G. B. nur weggelassen, weil er etwas selbstverständliches ausdrücke. Auch diese Erklärung scheint ziemlich willkürlich. Er meint dann weiter, im übrigen ließen sich keine sachlichen Gründe für diese Ansicht anführen, und will das Gefühl entscheiden lassen. „Den Glauben, der am nächsten liegt", wie er das nennt. Und da muß man doch wohl sagen, daß gerade aus einem solchen Rechtsgefühl heraus das Wort „äußere" gestrichen ist, das darauf hinweist, daß es dem Rechtsempfinden mehr entspricht auch rein sub-

[1]) S. 243.

jektive, innerliche Umstände als solche Hindernisse aufzufassen. Das ist heute auch die allgemein herrschende Ansicht.[1])

Diese Umstände müssen vom Willen des Täters unabhängig sein; d. h. genauer, sagt Dahlmann,[2]) nicht die Umstände als solche, sondern als Hindernisse, müssen vom Willen unabhängig sein. Die Hinderung, die von den Umständen ausgeht, muß eine so starke sein, daß der Täter seine Tat nicht ausführen kann, selbst wenn er es wollte. Wenn der Täter sich diese Umstände als autonome, selbstwirkende Motive setzt und sie so erst von sich aus selbständig zu Hemmnissen werden läßt, dann ist der Rücktritt ein strafbefreiender. Es wird in diesem Erfordernis des § 46 I die Freiwilligkeit des Rücktritts ausgedrückt und zwar negativ, indem bestimmt wird, wann er nicht freiwillig ist. Das liegt dann vor, wenn die Umstände dem Täter Schranken setzen, die ihn nicht zum Ziele kommen lassen, auch wenn er es will. Frank[3]) formuliert diese Unfreiwilligkeit bezw. Freiwilligkeit folgendermaßen: „Unfreiwillig handelt der Täter dann, wenn er sich sagt: ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es will. Er handelt aber freiwillig, wenn er sich sagt: ich will nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es könnte.“ Aus welchen Motiven der Täter nicht weiter handelt, darauf kommt es nach allgemeiner Ansicht nicht an. So genügt es z. B., wenn der Täter in der Kasse, die er berauben will, zu wenig Geld findet und deshalb vom Diebstahl zurücktritt.[4])

Streit herrscht indessen schon wieder bei der Frage, ob die Entdeckung oder die Furcht vor Entdeckung die Freiwilligkeit ausschließt. Es kommt dabei ganz darauf an, ob nach obiger Formel der Täter sich sagen mußte: ich kann nicht weiter handeln, selbst wenn ich wollte. In diesem Falle wäre die Entdeckung oder die Furcht vor Entdeckung ein Hindernis, daß die Freiwilligkeit ausschlösse. Bereitet sie aber nur Schwierigkeiten, die sich überwinden ließen, konnte sich der Täter also sagen: wenn ich wollte, könnte ich zum Ziele kommen, dann hat er diese Schwierigkeiten kraft seines eigenen Willens zu Hinderungsmotiven erhoben, und der Rücktritt bleibt ein freiwilliger. Ebenso bei der Furcht vor Entdeckung. Glaubt der Täter, die zu befürchtende Entdeckung werde ihn trotz seines Wollens an der Vollendung hindern, dann handelt

[1]) Frank § 46; v. Liszt § 48 III; Dahlmann S. 44; Wein S. 23.
[2]) S. 46.
[3]) § 46.
[4]) Anm. Anders, wenn er überhaupt nichts vorfindet, dann liegt Versuch am untauglichen Objekt vor.

er unfreiwillig. Tritt er aber nur zurück, weil er z. B. Strafe befürchtet, so erhebt er die Furcht wiederum zum Hinderungsmotiv kraft freien Willens, denn er mußte sich ja sagen, daß er trotzdem hätte die Vollendung herbeiführen können, wenn er nur gewollt hätte [1]). Im allgemeinen wird dieser Standpunkt auch vom Reichsgericht vertreten [2]).

§ 3.

Der sogenannte beendigte Versuch.

De lege ferenda ist, wie Binding a. a. O. darauf hinweist, der Unterschied zwischen beendigtem und unbeendigtem Versuch zu verwerfen, da er praktisch ohne jede Bedeutung ist; denn es versteht sich von selbst, daß der Täter den Eintritt des Erfolges durch eigene Tätigkeit — negative oder positive — abwenden muß. Tritt der Erfolg ein, so ist eben das Delikt vollendet. Wird der Täter aber durch äußere Gewalt an der Vollendung gehindert, so hat er die Ausführung nicht „aufgegeben". Aber das geltende Recht macht diesen Unterschied nun einmal und stellt für den beendigten Versuch teilweise andere Bedingungen auf, als für den unbeendigten. Als beendigt ist nach herrschender Ansicht ein Versuch dann anzusehen, wenn der Täter alles das getan hat, was seiner Ansicht nach zur Vollendung nötig war, der Erfolg aber aus irgend einem Grunde noch aussteht. Ist dies der Fall, dann ist es nötig, daß der Täter, um sich die Wohltat des § 46 zu sichern: „zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges, durch eigene Tätigkeit abgewendet hat."

Ebenso wie § 46 I verlangt auch § 46 II freiwilliges Handeln des Täters. Auch hier ist es allerdings nicht ausdrücklich gesagt, läßt sich aber aus den beiden Ausdrücken des Gesetzes „vor Entdeckung" und „eigene Tätigkeit" schließen. Diese Ausdrucksweise des Gesetzgebers hat hier noch mehr als in § 46 I zu Meinungsverschiedenheiten geführt. So glaubt z. B. Meyer [3]), aus dem Fehlen der ausdrücklichen Bestimmung der Freiwilligkeit schließen zu können, daß dies Erfordernis für § 46 II nicht von Nöten sei.

Eine andere Meinung erkennt die Freiwilligkeit zwar an, glaubt sie aber nur aus dem Ausdruck „durch eigene Tätigkeit" folgern zu müssen. Während endlich eine 3. Ansicht

[1]) Allfeld a. a. O. S. 89.
[2]) Z. B. R. G. 16, S. 182 und R. G. 47, S. 74.
[3]) Lehrb. S. 214 ff.

— vor allem vertreten von Frank § 46 III, 2 — ausschließlich aus der objektiven Bestimmung des Gesetzes, daß die Abwendung des Erfolges vor der Entdeckung der Straftat erfolgt sein müsse, die Freiwilligkeit folgert.

In Wirklichkeit stellen wohl beide dieser gesetzlichen Merkmale den Begriff der Freiwilligkeit auf und schränken ihn gleichzeitig in gewissen Punkten ein.

Wenn der Täter durch „eigene Tätigkeit" den Erfolg abwenden soll, so heißt das, der ratio legis entsprechend, er soll bewußt und willentlich handeln, d. h. also freiwillig. So auch R. G. 15 S. 44: „denn das Abwenden kann nur als ein bewußt willentliches gedacht werden und gerade durch die gewählte Fassung hat das Gesetz dem Erfordernis der Freiwilligkeit einen objektiven Ausdruck geben wollen" [1]).

Im übrigen darf man unter eigener Tätigkeit nicht nur ein ganz persönliches Tätigwerden des Täters verstehen. Vielmehr genügt es, wenn von ihm die Initiative ausgeht. Er kann also auch durch eine Mittelsperson handeln. Z. B. dadurch, daß er einen Arzt zu Hilfe holt, der dem in Tötungsabsicht Schwerverletzten das Leben rettet. Ja von eigener Tätigkeit kann man wohl sogar dann noch reden, wenn neben der Causalreihe, die der Täter zur Abwendung des Erfolges in Bewegung gesetzt hat, eine andere herläuft, die ein Dritter veranlaßt hat [2]). Nur muß eben die Handlung des Täters für die Erfolgsabwendung noch causal gewesen sein. Und immer muß sie, wie gesagt, bewußt und gewollt sein. Es genügt demnach nicht, wenn der Täter unbeabsichtigt den Erfolg abwendet [3]).

Zu dieser Ansicht kann man kommen, wenn man wie Frank a. a. O. die Freiwilligkeit nur aus dem Begriff der Entdeckung herleiten will. Frank [4]) sagt: „Auch kann die Unfreiwilligkeit nur durch die Tatsache der Entdeckung bewiesen werden." Dann müßte man logischerweise allerdings zu obigem — zweifelsohne unbefriedigenden — Resultate kommen, daß auch dem Verbrecher, der den Erfolg unbewußt abwendet, die Wohltat des § 46 zugute kommt, sofern er nur noch nicht entdeckt war. Ganz konsequenterweise müßte man sogar in folgendem Falle den befreienden Rücktritt annehmen: A hat den B in seinem Zimmer in Tötungsabsicht schwer verwundet, sodaß er ohne ärztliche Hilfe sterben müßte. B hat aber noch so viel Kraft, nun seinerseits den Täter A, durch

[1]) v. Liszt § 48; Berner Lehrb. S. 150; Herzog S. 246; Wein S. 32.
[2]) R. G. 1 S. 375.
[3]) A. A. Rubo § 46 Nr. 10.
[4]) § 46 III 2.

Drohung mit einer Pistole, zu zwingen, an das im Zimmer befindliche Telefon zu gehen und den Arzt herbeizurufen. „Eigene Tätigkeit" des B in dem oben erörterten Sinne von freiwilligem Handeln liegt aber natürlich nicht vor, so daß A nicht den Schutz des § 46 genießen würde [1]). In Wirklichkeit ist auch der Begriff der Entdeckung nur eine Einschränkung der Freiwilligkeit, oder wie Frank a. a. O. sagt: „Eine gesetzliche Präsumtion für die Unfreiwilligkeit und zwar eine unwiderlegbare". D. h. das Gesetz fingiert einfach: wenn die Tat entdeckt ist, dann ist Freiwilligkeit ausgeschlossen. Wann ist die Tat nun entdeckt? Frank a. a. O. sagt: „Entdeckt kann nur werden, was geheim ist". Eine Tat kann aber auch dann noch geheim sein, wenn sie mehreren Personen bekannt ist. Sie ist es vor allen Dingen dann noch, wenn sie von Mehreren gemeinschaftlich — sei es in Form der Beihilfe, sei es in Form der Mittäterschaft — ausgeführt wird.

War aber eine Tat von Anfang an einer beliebigen Anzahl von unbeteiligten Menschen bekannt — z. B. ein Attentat bei einer öffentlichen Veranstaltung — so ist sie eben nie heimlich, d. h. aber immer „entdeckt" gewesen. Die Wirkung des § 46 kann also dem Täter nicht mehr zugute kommen.

Streit herrscht ferner darüber, ob die Tat entdeckt ist, wenn der Angegriffene sie erkannt hat. Das Reichsgericht [2]) ist der Ansicht, daß solche Handlungen garnicht entdeckt werden können, weil sie in demselben Augenblicke, wo sie existent werden, zur Kenntnis eines Anderen, des Verletzten kommen. Es zieht dann daraus die Folgerung, daß § 46 II nicht anwendbar sei, da er Handlungen voraussetze, die entdeckungsfähig wären [3]).

In Wirklichkeit kann die Tat, wie das Reichsgericht richtig sagt, vom Verletzten nicht entdeckt werden, da sie ihm, aber auch nur ihm, von Anfang an bekannt ist. Für alle Übrigen ist sie geheim. Von einem Dritten kann sie also sehr wohl noch entdeckt werden. Tritt der Täter vorher zurück, so muß ihm § 46 zugute kommen [4]).

Allerdings gibt es Fälle, in denen auch eine Entdeckung durch den Täter möglich ist, und zwar dann, wenn die Handlung schon existent geworden ist, bevor es der Täter erfährt. Wein S. 30 führt als Beispiel an, daß jemand zweifellos ent-

[1]) A. A. Allfeld a. a. O. S. 86, Der von einer „erzwungenen eigenen Tätigkeit" redet.

[2]) R. G. 1, S. 306; 26 S. 77; Goltd. Arch. Bd. 69 S. 396.

[3]) Hatzig S. 52; Olshausen § 46, 22, 23. Geyer G. S. Bd. 1. S. 134. Oppenhoff § 46, 13.

[4]) Meyer-Allfeld S. 122; v. Liszt § 48 III u. Allfeld a. a. O. S. 87.

decken könne, daß der Wein, der ihm zum Trinken vorgesetzt wird, vergiftet sei. Hier ist es aber immer noch sehr strittig, ob es sich überhaupt um einen sogen. beendigten Versuch handelt. Und selbst wenn man das bejaht, wird dem Täter praktisch die Möglichkeit eines Rücktrittes nach § 46 II fehlen.

Im allgemeinen ist also mit der herrschenden Lehre daran festzuhalten, daß Kenntnis des Angegriffenen die Heimlichkeit nicht beseitigt. Die Tat also „noch nicht" „entdeckt" ist, sondern noch entdeckt werden kann, der Täter demnach gemäß § 46 II vom Versuch zurücktreten kann. Zumal ja die praktische Bedeutung des § 46 II, schlösse man sich der gegenteiligen Ansicht an, nur noch eine sehr geringe wäre.

Bei der Entdeckung kommt es im übrigen nicht darauf an, daß der „Täter" bekannt wird, sondern daß die „Tat", und zwar die Tat in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, nicht bloß die äußeren Geschehnisse, erkannt werden. So Frank a. a. O. mit folgendem Beispiel: „Wer einen Schuß hört, durch den ein Pferd scheu gemacht, und der von ihm gezogene Wagen in einen Abgrund gestürzt werden soll, hat darum den Mordversuch noch nicht entdeckt."

Nach herrschender Ansicht[1]) ist es sicher, daß nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes es lediglich auf das objektive Entdecktsein ankommt. Es hilft dem Täter nichts, wenn er glaubte, die Tat wäre noch nicht entdeckt, und er so den Erfolg abzuwenden sucht. Andererseits schadet es ihm nichts, wenn er sich für entdeckt hielt, es aber in Wirklichkeit noch nicht war, sofern er nur freiwillig gehandelt hat[2]).

Schließlich muß diese „freiwillige, eigene Tätigkeit" vor der Entdeckung der Tat den Erfolg abgewendet haben. Auch das ist rein objektiv zu verstehen. Auf die Motive des Täters kommt es hier genau so wenig darauf an, wie beim § 46 Z. 1. Es genügt nicht, wenn der Täter aus den edelsten Motiven, mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln sich bemüht hat, den Erfolg zu verhindern, es aber nicht mehr erreichen konnte. Nur das tatsächliche Aufhalten des Causalzusammenhanges befreit ihn von Strafe. Daraus folgt auch, daß beim sogen. fehlgeschlagenen Verbrechen dem Täter der § 46 nicht mehr zugute kommen kann. Denn hier droht eben gar kein Erfolg, dessen Eintritt verhindert werden könnte. Vielmehr ist es sicher, daß der Erfolg nicht eintritt. Eine andere Streitfrage ist die, ob es einen Rücktritt vom sogen. untauglichen Versuch gibt. Konsequenterweise muß man das

[1]) Frank § 46 III 2d; Olshausen § 46, 26; Meyer-Allfeld S. 222; Allfeld a. a. O. S. 86.

[2]) A. A. R. G. Bd. 38 S. 402.

für den Versuch mit völlig untauglichen Mitteln und für den Versuch am völlig untauglichen Objekt ablehnen[1]). Diese Konsequenz ist auch völlig unbedenklich für die Anhänger der objektiven Theorie, für die ja der Versuch mit untauglichen Mitteln überhaupt nicht strafbar ist.

Schwierigkeiten — zum mindesten im Ergebnis — bestehen aber für die Subjektivisten. Denn es kann natürlich nicht befriedigen, daß ein weniger raffinierter Verbrecher, der zu einem falschen Mittel greift und sich eifrig bemüht, den seinem Glauben nach drohenden Erfolg abzuwenden bestraft werden soll, während der erfahrenere Verbrecher, der mit Sicherheit das richtige Mittel wählt, sich durch Rücktritt von Strafe befreien kann. Und doch muß man, wenn man sich schon auf den subjektiven Standpunkt stellt, diese „unvermeidliche Konsequenz" ziehen[2]). Es ist m. E. nicht angebracht, wenn nicht direkt, so doch analog den § 46 II anzuwenden, selbst dann nicht, wenn man — was übrigens bestritten ist — die Analogie zu Gunsten des Täters zuläßt. Vielmehr ist, ganz ähnlich wie beim fehlgeschlagenen Verbrechen, einfach kein drohender Erfolg vorhanden, der abgewendet werden könnte. Dem klaren Wortlaut des Gesetzes nach muß aber „der zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörige Erfolg abgewendet werden."

Zu einem allein befriedigenden Resultat ohne gewagte Konstruktionen führt nur die objektive Theorie.

---

2. Kapitel:

Wirkungen des Rücktritts und deren Begründung.

§ 4.

Die Wirkungen des Rücktritts.

Wenn alle diese Voraussetzungen wirklich vorliegen, dann garantiert der § 46 dem Täter Straflosigkeit. „Der Versuch bleibt straflos", wenn . . . .

Dieser Satz ist geltendes Recht. Das Gesetz schweigt aber darüber, aus welchem Grunde es in diesem Fall den Täter ungestraft lassen will. Es wäre auch ganz unmöglich, wenn jede Norm gleichzeitig den Grund angeben würde, weshalb an einen bestimmt gearteten Tatbestand, eine bestimmte

[1]) Frank § 46 III, Ziff. 1.
[2]) So Frank § 46 III, 1.

Rechtsfolge geknüpft ist. Das Gesetz würde viel zu umfangreich und schwerfällig werden. So ist es Aufgabe der Wissenschaft, die tieferen Gründe und den Zweck einer Norm sinngemäß zu erforschen. Abgesehen von den Schriftstellern, die für die Straflosigkeit des vom Versuch zurückgetretenen Täters überhaupt keine Rechtfertigung finden zu können glauben[1]), und die de lege ferenda die Straflosigkeit verwerfen, stehen sich zwei Hauptansichten gegenüber.

Die eine Gruppe findet den Grund für das Verhalten des Gesetzgebers im System des Strafrechts, die andere glaubt, daß er aus reinen Nützlichkeitserwägungen abzuleiten sei. Diese beiden Meinungen pflegt man mit den termini technici „Rechtsgründe" und „kriminalpolitische Gründe" zu bezeichnen.

§ 5.

Kriminalpolitische Gründe.

Die Schriftsteller, die den Grund der Straflosigkeit in „kriminalpolitischen Gründen" suchen, stellen alles auf utilitaristische Berechnungen ab, die den Gesetzgeber zu diesem Tun bewogen haben. Ihr Schlagwort ist das von der „goldenen Brücke". Man glaubt dem Täter durch Verzicht auf die Strafe eine Veranlassung geben zu sollen, den Erfolg seines Handelns zu verhindern. Für den Verzicht tauscht der Staat dann gewissermaßen die Unversehrtheit, der von ihm zu schützenden Rechtsgüter ein. Hätte der Täter diese „goldene Brücke" nicht, so würde er, wenn er einmal begonnen hätte, zur Vollendung seines Delikts getrieben. Denn er müßte sich ja dann sagen: bestraft wirst du nun doch einmal, es bleibt also nicht viel mehr zu befürchten, wenn du die Tat vollendest.

So und ähnlich sind die Argumentierungen dieser von Feuerbach[2]) begründeten Lehre. Sie blickt auf eine große Anzahl von Anhängern, die — wie Dahlmann[3]) richtig bemerkt — wohl vor allem „auf einer übertriebenen Achtung" vor den Motiven beruht, die beim zweiten Entwurf des Reichsstrafgesetzbuches sich für den § 44 — den jetzigen § 46 — auf denselben Standpunkt stellen. Diese Ansicht wird ver-

[1]) John a. a. O. S. 220 ff.; v. Buri Goltd. Arch. 25 S. 291; Cohn a. a. O. S. 100 u. 622.

[2]) Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche II. Teil S. 102.

[3]) a. a. O. S. 88.

treten von Finger[1]), Meyer-Allfeld[2]), Olshausen[3]), Loeb[4]), Wein[5]). Vor allem aber — und das spielt für die Praxis natürlich die ausschlaggebende Rolle — erklärt sich auch das Reichsgericht für die Feuerbach'sche Lehre[6]). Gegen solche Begründung sind aber auch allerlei Einwendungen erhoben worden.

Vor allem hat man betont[7]), daß eine Einwirkung im Sinne dieser Lehre auf den Täter voraussetzen muß, daß den Rechtsuntertanen bekannt ist, daß sie sich Straffreiheit durch freiwilligen Rücktritt sichern können. Ja, sie müßten sich sogar in der schwierigen — nicht einmal von der Wissenschaft einheitlich beantworteten — Frage der Abgrenzung des Versuchs von der Vollendung auskennen. Daß aber diese Voraussetzungen kaum gegeben sein dürften, liegt wohl auf der Hand. Die Bestimmung wäre dann, kraß gesagt, ein Privileg für Juristen. Sicherlich kann, ja darf, dies aber nicht der Sinn des Gesetzes sein. Weiter wird, zum erstenmale wohl von Schütze[8]), darauf hingewiesen, daß die in Aussicht gestellte Straflosigkeit nicht nur den Täter, der schon begonnen hat, veranlassen könnte zurückzutreten, daß vielmehr diese Bestimmung einen noch unentschlossenen Täter motivieren könnte, die Tat wenigstens einmal anzufangen, da er sich ja immer noch durch Rücktritt der Strafe entziehen könne. Wenn er aber einmal begonnen hat, kann der Anreiz für ihn, nun auch den Erfolg herbeizuführen, so groß werden, daß alle Hemmungen in ihm überwunden werden und er nicht mehr an Rücktritt denkt[9]). Wenn auch diese Argumente, in der teilweise kraß vorgebrachten Form, vielleicht übertrieben sind, und auch den von Feuerbach und seinen Anhängern aufgezählten Gründen eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen ist, so folgt doch auf alle Fälle daraus, daß solche Gründe zwar den Gesetzgeber mit vorgeschwebt haben können, daß sie aber durchaus nicht geeignet sind, die einzige Grundlage für die Straflosigkeit des freiwillig zurückgetretenen Täters zu bilden.

[1]) Lehrb.
[2]) Lehrb. S. 220.
[3]) § 46, 2.
[4]) a. a. O. S. 39/40.
[5]) S. 15.
[6]) R. G. 6 S. 432, R. G. 38 S. 403, R. G. 39 S. 39.
[7]) Frank, vergl. Darst. 5 S. Dahlmann S. 89/90.
[8]) Lehrb. S. 141, Anm. 37.
[9]) Anm. Nähere Ausführungen dieses Punktes bei Dahlmann S. 91.

§ 6.

Rechtsgründe.

Es müssen also noch andere Gründe und zwar dann logische, dogmatische vorhanden sein, welche die Straflosigkeit rechtfertigen. Diese Gruppe, im allgemeinen als Lehre von den Rechtsgründen bezeichnet, vereinigt eine ganze Anzahl einzelner Theorien in sich.

Seit Herzog[1]) pflegt man in der Hauptsache vier Theorien zu unterscheiden.

1) Die „Nullitätstheorie",
2) Die „Annullationstheorie",
3) Die „Infirmitätstheorie" und schließlich
4) Die von Herzog neu aufgestellte „Präsumtionstheorie".

Ob aber eine solche scharfe Trennung der einzelnen Ansichten angebracht ist, ist m. E. sehr fraglich. Denn wie sich noch zeigen wird, haben die meisten dieser Theorien etwas verwandtes, ja gehen teilweise ineinander über. Dann lassen sich aber auch lange nicht alle Ansichten unter eine dieser eben genannten Bezeichnungen unterordnen.

Fast durchweg abgelehnt[2]) wird die sogenannte Präsumtionstheorie von Herzog. Er behauptet zunächst, daß der Gesetzgeber die Aufgabe hat, nur dann mit Strafe einzuschreiten, wenn ein moralisches Verschulden zu Grunde liegt, und gleichzeitig ein zu schützendes Rechtsgut in concreto verletzt wird. Das aber ist, wie er sagt[3]), „in dem Momente der Fall, in dem der Mensch den reprobierten Erfolg aus der Hand gibt". Demnach wäre, solange der Täter noch Herr der von ihm in Bewegung gesetzten Ursachenreihe ist, überhaupt kein Grund zur Strafe vorhanden. Das hieße praktisch, die Strafbarkeit des Versuches — sicher des sogenannten nicht beendeten Versuchs, oft aber auch des beendigten — wäre zu verneinen.

Er behauptet weiter, „daß aber schon der Versuch in uns regelmäßig den Glauben erwecke, daß eine menschliche Energie vorliege, die ein Verbrechen bis zum Vollendungspunkte durchzuführen vermag". Diese Energie nennt er „Vollendungspotenz". Zwar wäre der Versuch philosophisch noch kein Beweis für das Vorhandensein dieser Vollendungspotenz, aber „aus kriminalpolitischen Gründen" sieht sich das

[1]) Herzog, Diss. S. 12 ff.
[2]) Anm. Nur v. Bar, Schuld S. 549 ff. erkennt sie an.
[3]) a. a. O. S. 27.

Recht genötigt, ihn der Auffassung des gewöhnlichen Lebens entsprechend, als geführt anzusehen".

Diese Präsumtion der Vollendungspotenz oder Perfektionskraft — wie er sie auch nennt — ist nach Herzog nicht nur eine, sondern — wie er selbst wenigstens meint — die Theorie des Versuches. Nur deswegen ist der Versuch strafbar. Diese Vermutung würde aber durch den freiwilligen Rücktritt widerlegt. Mithin wäre der einzig richtige Grund für die Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch gefunden.

In Wirklichkeit bedingen zwei Gründe die Strafbarkeit des Versuches. Und zwar einmal ein subjektiver, der böse Wille, die Gefährlichkeit des Täters und zum andern die objektive Gefahr, die durch die Tat hervorgerufen wird. Herzog legt nun aber nach Art der überzeugtesten Subjektivisten den ausschlaggebenden Wert auf die subjektive Seite, den bösen Willen des Täters, der sich in der „Vollendungspotenz" äußert. Mit Recht weist dagegen Wein[1]) darauf hin, daß es nach geltendem Recht genau umgekehrt ist. Der Schwerpunkt liegt auf der Gefährlichkeit der Tat. Aus diesem Grunde will nämlich der Gesetzgeber den Versuch milder bestraft wissen, als das vollendete Delikt. Stände das Gesetz auf dem Standpunkte Herzogs, d. h., legte es nur Wert auf die Perfektionskraft des Täters, dann müßte es Versuch und Vollendung gleich bestrafen, da ja, wie Herzog selbst sagt, der unternommene Versuch eine Präsumtion für die Perfektionskraft ist.

Entschieden abgelehnt wird die Herzog'sche Präsumtionstheorie auch von Schoetensack[2]), der vor allem darauf hinweist, daß man „dem geltenden Recht den Rücken kehren würde, wenn man mit dieser Theorie Ernst machen würde, da ja dann überall da, wo die „Perfektionskraft" fehle, der Versuch straflos bleiben müßte".

Auch die sogenannte Infirmitätstheorie hat wenig Anklang gefunden. Sie wird vor allem vertreten von v. Holtzendorf[3]) und — allerdings nur in zweiter Linie — von Zachariä[4]). Sie behaupten, ähnlich wie Herzog, es gehöre eine gewisse Beharrlichkeit des menschlichen Willens zum strafbaren Versuche. Daraus aber, daß der Täter zurücktrete, folgern sie, daß der böse Wille des Täters diese Beharrlichkeit nicht besessen habe. Aus diesem Grunde müßte der Täter straflos bleiben. Dagegen ist zu sagen, daß einmal nirgendwo aus dem Gesetz hervorgeht, daß es eine solche Beharrlichkeit und

[1]) S. 13.
[2]) Vergl. Darst. Bd. 2 S. 437, Anm. 2.
[3]) Handb. Bd. 2 S. 305.
[4]) Versuch des Verbrechens II. Bd. S. 241.

Festigkeit des Willens verlangt, und daß zum anderen aus der Tatsache des Rücktritts noch nicht ohne weiteres gefolgert werden kann, daß der Wille des Täters nicht fest und beharrlich gewesen sei. Er kann dies im Anfangsstadium des Versuches sehr wohl gewesen sein und sich erst später geändert haben.

Eine größere Anhängerschar hat schon die sogenannte Annullationstheorie gefunden[1]). Nach dieser Ansicht wird der ursprünglich vorhandene böse Wille, durch den freiwilligen Rücktritt nachträglich annulliert, so daß nur die objektive Tatseite noch vorhanden sei, die subjektive Willensseite aber fehle, die Handlung also gar kein strafbarer Versuch im Sinne des Gesetzes mehr sei. Die vielen, gegen diese Lehre erfolgten Angriffe, stützen sich ausnahmslos auf das bekannte Osenbrüggen'sche Wort: „Tatsachen sind unerbittlich". Genau, wie die zur äußeren Wahrnehmung gelangte objektive Tatseite, sei auch das Entstehen des Willens eine Tatsache, die niemals rückwärts annulliert werden könne. Zugegeben, daß der Ausdruck „rückwärts annulliert" nicht gerade sehr glücklich gewählt ist, und der Wille einmal in der Tat entstanden ist, sein Entstehen also eine unleugbare Tatsache ist, so ist sein Nichtbestehen aber eine ebenso unleugbare Tatsache. Sein Nichtbestehen, das bewirkt ist durch die Aufgabe des bösen Willens, bevor die daraus drohende Gefahr besonders akut geworden ist. Auf alle Fälle läßt sich der ganze Gedanke dieser Theorie nicht ohne weiteres durch drei Worte aus der Welt schaffen.

Treffend bemerkt Schoetensack[2]) dazu: „wer diese Auffassung des Rücktritts vom Versuch als eines Schuldaufhebungsgrundes mit dem bekannten Osenbrügge'schen Worte: „Tatsachen sind unerbittlich" bekämpfen zu können vermeint, verkennt völlig den Wert- und Zweckbeziehenden Charakter des Rechts und fordert den Spott Mephistos heraus: „Wer will Lebendiges erkennen und beschreiben, sucht erst den Geist herauszutreiben, dann hat er die Teile in seiner Hand, fehlt leider! nur das geistige Band."

Eine andere, beachtenswerte, von Luden[3]) und Seeger[4]) vertretene Ansicht, ist die von Herzog sogen. Nullationstheorie. Auch bei ihm gehört zum strafrechtbaren Versuch der Wille zur Vollendung. Der sei zwar vor dem Rücktritt vorhanden

[1]) Zachariä a. a. O. S. 240/41; Berner a. a. O. § 105; Köstlin, System § 84.

[2]) Festschrift für Bindung S. 425.

[3]) Handb. I S. 420.

[4]) In Goltd. Archiv 18 S. 233.

gewesen. Die vor dem Rücktritt liegende Tätigkeit sei aber lediglich ein Teilakt, den man nur im Zusammenhang mit der gesamten Handlung des Täters betrachten dürfe; dabei aber hat der Vollendungswille nicht bestanden, ein strafbarer Versuch sei also nicht vorhanden, und somit der Grund für die Straffreiheit des Rücktritts gefunden.

Hiergegen wird von Herzog[1]) und von Wein[2]) vor allem eingewandt, daß man den Akt des Abbrechens der Handlung nicht mit dem vorausgegangenen Ausführungshandlungen gleichstellen dürfe, da sie zu einander, sowohl dem inneren, willentlichen Ursprunge nach, als auch der objektiven Form nach, in der sie der Außenwelt sichtbar werden, im krassen Gegensatz stehen. Wenn man aber zwei so konträre Tätigkeitsakte nicht zusammenfassen könne, so könne man auch den einmal dagewesenen deliktischen Willen nicht mehr aus der Welt schaffen. Auch hier Einwände, die zwar geschickt eine Ungenauigkeit als Angriffspunkt benützen und so scheinbar im Rechte sind, aber doch nicht restlos überzeugend wirken. Die Angriffe treffen nämlich weniger den inneren Gehalt und den materiellen Inhalt dieser Lehre, als vielmehr ihre vielleicht nicht ganz befriedigende Form.

Die beste, allen Angriffen standhaltende Form, die inhaltlich im wesentlichen ein Kompromiß zwischen der Nullations- und Annullationstheorie ist, wird vertreten von Oetker[3]) und Schoetensack[4]). Um den Zweck und den Grund der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch ganz zu verstehen, muß man sich klar darüber werden, aus welchem Grunde der Versuch vom Gesetzgeber überhaupt mit Strafe bedroht ist. Es genügt nicht die vollendete Tat zu bestrafen, es scheint vielmehr schon die Handlung, die einen solchen verbotenen Erfolg bezweckt, selbst wenn sie erst in ihrem Anfangsstadium steckt, eine so starke Gefahr für die Rechtsgüter, daß man sie schon in diesem Punkte bestrafen muß.

Der Gesetzgeber hat also „neben die Vollendungsnorm, die verbietet, den Tod eines anderen zu bewirken usw., die Versuchsnorm gestellt, die schon verbietet, anzufangen, den Tod jemandes zu verursachen“[5]). Diese Versuchsnorm, deren Übertretung mit Strafe bedroht ist, weist aber schon auf den Enderfolg hin. Das soll nichts anderes heißen, als daß dieser Anfang des verbrecherischen Handelns nur als Teil der ge-

[1]) a. a. O. S. 13 f.
[2]) a. a. O. S. 11/12.
[3]) Zeitschr. f. Strafrechtsw. Bd. 17 S. 68.
[4]) Festschr. f. Binding S. 420 ff. und Festschr. f. Frank S. 55 ff.
[5]) So Schoetensack Festschr. f. Binding S. 425.

samten, vom Täter gewollten Handlungseinheit strafbar ist. Denn, losgelöst aus diesem Zusammenhange, wird eine solche Teilhandlung strafrechtlich völlig bedeutungslos sein. Oetker[1]) erläutert das an einem Beispiele: Wenn ich auf jemand ein Gewehr anlege, so ist das an sich kein verbotenes Tun. Erst dadurch, daß ich damit den Zweck verfolge, den Dritten zu töten, wird die Handlung strafbar. Denn erst jetzt verstoße ich gegen die Versuchsnorm: „Du sollst nicht anfangen den Tod jemandes zu verursachen." Also erst der Wille des Täters macht das Anlegen des Gewehres zu einer verbotenen Handlung. Es ist nur der Teil eines Ganzen, und zwar des Schießens auf jemand; und nur als solcher ist es strafbar. Beim Versuch, soweit er strafbar ist, ist die ganze einheitliche Handlung aus irgend welchen nicht gewollten Gründen nicht zur Vollendung gekommen. Aus Gründen, „die vom Willen des Täters unabhängig" waren, wie das Gesetz sagt. Das heißt aber, wie wir oben schon gesehen haben, unfreiwillig hat der Täter von der Vollendung der ganzen Handlung Abstand genommen.

Straflos soll der Versuch nach der Vorschrift des Gesetzes bleiben, wenn der Täter freiwillig die Handlung abgebrochen hat. Was hat er damit aber getan? Er hat eben den einen Teil der Handlung, das Anlegen des Gewehres isoliert, er hat es aus der Einheit der Handlung des Schießens herausgenommen. Der Akt, der zwar als Teil des Gesamtaktes strafbar wäre, ist kein solcher Teil mehr, sondern eine strafrechtlich irrelevante Einzelhandlung. Das Schuldhafte der Handlung des Täters ist mit diesem Herausreißen aus der Gesamtheit fortgefallen. Der Täter ist, wie Schoetensack[2]) sagt: „in den Einklang mit der Norm zurückgekehrt".

Man könnte vielleicht vermuten, daß diese Begründung nur für den Fall des § 46 I, des sogen. unbeendigten Versuches, paßte. Denn beim beendigten Versuch ist ja die Handlung in ihrer Gesamtheit ausgeführt, also eine Isolierung eines Einzelaktes nicht mehr möglich. Der Täter ist aber noch in der Lage in den Verlauf, der von ihm in Bewegung gesetzten Kausalreihe, einzugreifen. Das heißt, er braucht nicht mehr aktiv tätig zu werden, um den gewollten Zweck — z. B. die Verursachung des Todes — zu erreichen, wohl aber muß er sich passiv verhalten, wenn der Erfolg eintreten soll, sein Wille muß immer noch weiter wirken, um das endgültige Ziel zu erreichen. Denn auch das ist natürlich ein Ausfluß seines deliktischen Willens, jetzt ruhig abzuwarten, bis der Erfolg

[1]) Zeitschr. f. Ges. Str. Rechtsw. Bd. 17 S. 68.
[2]) Festschr. f. Frank S. 66.

eintritt, ohne ihn zu verhindern, wozu er noch in der Lage wäre. Tut er letzteres nun aber aus autonomen Motiven, zerstört er die von ihm veranlaßte Kausalreihe und verhindert so den Erfolg, dann führt er die eine Seite der Tat, die subjektive Schuldseite, nicht zu Ende, sondern vernichtet sie. Auch hier fehlt also die Schuld und aus diesem Grunde bleibt der Täter straffrei.

Stichhaltige Einwände gegen diese Theorie sind auch kaum erhoben worden. Wein[1]) behauptet zwar: „eine nachträgliche Lösung der Teilhandlung aus dem verbrecherischen Zusammenhange, in dem sie begangen wurde und ihre Entkleidung von dem deliktischen Charakter, den sie im Begehungsmomente zweifellos trug, erscheint mir nicht möglich". Aber über die Gründe, weshalb ihm eine solche Lösung nicht möglich erscheint, schweigt er. Ein überzeugender Beweis kann aber eine solche Behauptung niemals sein.

Der Einwand Dahlmann's[2]) — der sich in erster Linie allerdings gegen Binding richtet, aber auch die hier vertretene Ansicht trifft — kann als überzeugend nicht anerkannt werden. Er sagt: „das Gesamtverhalten allein entscheiden zu lassen, ist schon aus praktischen Gründen unhaltbar, denn dies Gesamtverhalten zu begrenzen, seinen Anfangs- und Endpunkt zu fixieren, würde oftmals eine unlösbare Aufgabe sein".

Es geht aber wohl nicht an nur wegen einiger äußerer Schwierigkeiten ein Todesurteil über diese Ansicht zu sprechen. Außerdem muß Dahlmann entgegengehalten werden, daß diese Schwierigkeiten gar nicht so groß sind. Denn der Anfangspunkt des Gesamtverhaltens fällt natürlich mit den Anfangspunkt des Versuches — „den Handlungen, welche einen Anfang der Ausführungen" des Delikts enthalten — zusammen. Und der Endpunkt ist dem Endpunkt der Vollendung kongruent.

Osenbrüggens schon oben abgelehntes Wort: „Tatsachen sind unerbittlich" kann aber hier garnicht platzgreifen. Denn es werden ja keine „unerbittlichen Tatsachen" annulliert, sondern das deliktische Tun wird als Ganzes betrachtet und gewertet; es wird nur festgestellt, daß, wenn der Täter zurücktritt, gar kein Ganzes vorliegt, vielmehr lediglich ein Teilakt über bleibt.

Ähnlich formuliert auch Oetker[3]), indem er sagt: „die Tätigkeit ist hier bereits ein Ganzes, aber Tötungshandlung usw. nur unter der Voraussetzung, daß nicht durch die Ver-

[1]) S. 12.
[2]) S. 79.
[3]) a. a. O. S. 69.

hinderung des Erfolges die Tat eine andere Richtung erhält". Wenn aber diese Bedingung erfüllt ist, d. h. der Erfolg verhindert ist, dann ist, wie oben gesagt, die Schuld dahingeschwunden, und deshalb die Handlung, obwohl sie bereits ein Ganzes geworden ist, doch nicht Tötungshandlung, als welche sie allein die Versuchsnorm verletzen würde.

Diese Ansicht Oetkers klingt an eine andere, vor allem von Binding[1]) vertretene Auffassung, über die Gründe der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch an.

Binding argumentiert ganz ähnlich, wie Oetker und Schoetensack, sagt aber dann, durch diese Lösung des Einzelaktes aus dem Ganzen entfällt überhaupt die Ursachenqualität der Teilhandlung. Sie ist dann gar nicht mehr Ursache zu dem schädlichen Erfolge, es liegt also kein Versuch mehr vor. Hier wird es darauf abgestellt, daß beim Rücktritt vom Versuch ein objektives Erfordernis fehlt und zwar das Setzen einer Bedingung. Dagegen muß man aber einwenden, daß eine Bedingung wohl gesetzt ist, — denn die äußere Handlung des Täters würde bei normalem Verlaufe den Erfolg verursacht haben — daß die Verursachung aber keine schuldhafte ist; denn die Schuld ist es ja gerade, die — wie oben gezeigt — durch die Lösung aus der Gesamthandlung vernichtet wird.

Demnach mangelt einem solchen Tatbestande kein objektives, sondern ein subjektives Erfordernis, die Schuld. Nur so ist auch zu verstehen, daß § 46 Freiwilligkeit beim Rücktritt fordert. Würde schon der objektive Tatbestand unvollständig sein, dann wäre das Verlangen der Freiwilligkeit vom Gesetzgeber unverständlich und überflüssig. Von erheblicher Bedeutung wird diese Ansicht Bindings vor allem für die Teilnahme beim Versuch, die im folgenden Teil dieser Arbeit behandelt werden soll.

---

[1]) Das bedingte Verbrechen G. S. 68, S. 3. Anm. Dieser Ansicht früher auch Schoetensack, vergl. Darst. 2, S. 437.

3. Kapitel:

Umfang der Wirkungen des Rücktritts vom Versuch.

§ 7.

a) Der qualifizierte Versuch.

„Der Versuch als solcher bleibt straflos", lauten die Eingangsworte des § 46. Nur der Versuch „als solcher" bleibt straflos. Das heißt, deckt sich der Tatbestand des Versuches mit einem anderen vollendeten Deliktstatbestand, dann bleibt letzterer, trotz Rücktritt des Täters, strafbar. Unbestritten ist, daß bei diesem sogen. „qualifizierten Versuch" das vollendete Delikt dann strafbar ist, wenn es mit dem versuchten in sogenannter Idealkonkurrenz steht. Wenn der A z. B. den B dadurch töten will, daß er das Haus in Brand steckt, indem, wie er weiß, der B sich aufhält, dann aber im letzten Augenblick den B noch rettet, — also vom Tötungsversuch zurücktritt — so bleibt er immer noch wegen der vollendeten Brandstiftung strafbar. Wie nun aber im Falle der sogen. Gesetzeskonkurrenz, d. h., wenn das vollendete Delikt von dem versuchten konsumiert wird?

Ein Teil der Schriftsteller[1]) behauptet, daß in diesem Falle der Täter wegen des vollendeten Delikts, straffrei bleiben müßte, da ihm durch die Konsumtion jede strafrechtliche Bedeutung genommen würde. Die zweite, richtige und bei weitem herrschende, Ansicht[2]) will den Täter auch bei Gesetzeskonkurrenz bestraft wissen. Das konsumierte Verbrechen verliert in Wirklichkeit garnicht völlig seine strafrechtliche Bedeutung, sondern es lebt fort, in seiner Einwirkung auf die Höhe der Strafe. Es soll lediglich eine doppelte Bestrafung vermieden werden. Wenn die Strafbarkeit des versuchten Delikts aber infolge des Rücktritts entfällt, dann entfällt auch damit dieser Grund, und das vollendete Delikt muß bestraft werden.

Hatzig's[3]) Beispiel: Notzucht an der eigenen Tochter ist,

[1]) Hatzig S. 40. Berner a. a. O. S. 157.

[2]) Finger, Lehrb. Bd. 1; Schoetensack, Festschr. f. Frank S. 66 ff. u. Festschr. f. Binding S. 429; Dahlmann S. 105 ff.; Schmitz S. 55 ff.; Wein S. 35; Behling, Lehre v. Verbr., S. 309; Meyer-Allfeld S. 222 Anm. 7; Allfeld, Festschr. f. Frank, S. 98 und Frank § 46, 4, der aber darauf hinweist, daß bei Tötungsdelikten nicht ohne weiteres wegen Körperverletzung gestraft werden könnte, da der Tötungsvorsatz nicht immer den Vorsatz der Körperverletzung in sich schließt.

[3]) S. 40.

wie schon Wein[1]) mit Recht bemerkt, gar kein Fall der Gesetzes- sondern der Idealkonkurrenz.

Allerdings gibt es Fälle, bei denen es zweifelhaft ist, ob überhaupt Konkurrenz zwischen Versuch und Vollendung vorliegt, oder ob es sich nur um reinen Versuch handelt. Schoetensack[2]) unterscheidet zwei Gruppen: „Einmal die, bei denen das von der Versuchshandlung scheinbar konsumierte Verbrechen notwendig juristischer Bestandteil des Tatbestandes des versuchten Verbrechens ist, z. B. der Notzuchtsversuch ist bis zur Nötigung, sich zu entkleiden, gediehen; hier ist die Nötigung Bestandteil der Notzuchtshandlung und liegt ein Notzuchtsversuch vor. Zum anderen: Das konsumierte Verbrechen ist nicht juristischer Bestandteil der Versuchshandlung, sondern selbständiges Verbrechen, das nur begangen ist, um das andere Verbrechen ausführen zu können, z. B. der Notzüchtiger bringt dem Mädchen eine Verletzung bei, damit es sich nicht wehren kann; hier konkurriert das vollendete Verbrechen mit dem versuchten Zweckverbrechen". An die erste dieser Gruppen mag Hatzig[3]) gedacht haben, wenn er davon redet, „daß das vollendete Delikt den notwendigen Durchgangspunkt (den begrifflichen Bestandteil) des versuchten bildet". Für diese Fälle muß man ihm Recht geben, wenn er sie straflos wissen will; denn niemals würde sich der Täter sonst bewegen lassen, vom Versuche zurückzutreten, da er ja doch bestraft würde.

Jedoch treffen diese Verhältnisse nicht auf alle Fälle der Gesetzeskonkurrenz zu.

Es ist also mit der herrschenden Ansicht daran festzuhalten, daß beim sogen. „qualifizierten Versuch" der Täter wegen des konkurrierenden vollendeten Verbrechens bestraft wird, gleichgültig, ob Ideal- oder Gesetzeskonkurrenz vorliegt.

§ 8.

b) Der Begriff des „Versuches".

Der § 46 gewährt dem Täter Straffreiheit nur im Anfangsstadium des Delikts, das vom Gesetz „Versuch" genannt wird. Der „Versuch" als solcher bleibt straflos.

Genau wie der Begriff der Vollendung in zwei Variationen auftritt — materiell und formell — genau so hat der Begrif des Versuches zwei Seiten.

[1]) S. 34 Anm. 1.
[2]) Festschr. f. Binding S. 429; Festschr. f. Frank S. 66.
[3]) S. 40.

Materiell vollendet ist ein Delikt, wenn eine Rechtsgüterverletzung bereits eingetreten ist. Der Gesetzgeber kann aber den Begriff der Vollendung rein formell fassen, das Delikt ist schon dann vollendet, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale des Gesetzes erfüllt sind, ohne daß eine Rechtsgüterverletzung, ja nicht einmal Gefährdung, vorliegen braucht. Hier liegt materiell eine Versuchshandlung vor, die nur infolge der formellen Fassung des Gesetzes als Vollendung gilt. Die Streitfrage ist nun die, ob auch diese letztere „Versuchs"-handlung Versuch im technischen Sinne des Gesetzes, des § 46, ist; ob dementsprechend der Täter auch in diesen Fällen mit strafbefreiender Wirkung zurücktreten kann.

Aus dieser Gruppe scheiden m. E. von vorne herein die Fälle aus, bei denen nur ausnahmsweise die Versuchsstrafe der Vollendungsstrafe gleichgestellt ist — wie z. B. im § 80 Str. G. B. — Hier ist an dem Charakter der Handlung als Versuch nichts geändert, lediglich die Folge, die sich an den Tatbestand knüpft, ist eine andere, als die normale. Es ist gewiß eigenartig, ja unlogisch, wenn man vermeint, daß diese veränderte Rechtsfolge den Versuchsbegriff als solchen ändern könne. Die Handlung bleibt, trotz der erhöhten Strafe eine Versuchshandlung, die völlig identisch mit der des § 43 ist. Ich vermag nicht einzusehen, weshalb ein Tatbestand, der in allen seinen Merkmalen Versuch ist, — und vom Gesetz sogar mit diesem Worte bezeichnet wird — dadurch, daß ausnahmsweise eine andere Rechtsfolge an ihn geknüpft wird, als sonst, seine Eigenschaft als Versuch verlieren soll und die Eigenschaft des Tatbestandes annehmen soll, dessen Rechtsfolge an ihn geknüpft ist. Das heißt, weshalb ein Versuch, der mit der Strafe der Vollendung bedroht ist, kein Versuch mehr, sondern ein vollendetes Delikt ist. § 46 ist also anwendbar [1]).

Im übrigen lassen sich die Fälle dieser materiell als Versuch, formell als Vollendung, zu betrachtenden Tatbestände in der Hauptsache in drei Gruppen unterbringen.

1. Diejenigen Versuchshandlungen, die vom Gesetz als delicta sui generis aufgestellt und speziell als formell vollendet anzusehen sind. (Vor allem der § 82 Str.G.B.).

2. Die sogen. „Unternehmungsdelikte", das sind Delikte, die zwar materiell nicht vollendet — allenfalls versucht — sind, für die aber das Gesetz als delicta sui generis einen besonderen Tatbestand aufgestellt

[1]) Ähnlich auch Dahlmann, S. 24 u. 28. Derselben Ansicht ferner Meyer-Allfeld S. 201; Baumgarten a. a. O. S. 470; Merkel a. a. O. S. 376; Hatzig S. 38 u. R. G. 10 S. 324.

hat, der ihnen, durch seine Form, den Stempel der Vollendung aufdrückt. (Z. B. §§ 102, 105, 159 u. a. Str. G. B.). Und endlich:

3. Diejenigen Delikte, welche auch materiell betrachtet, nicht reine Versuchshandlungen sind, bei denen aber „der formale Vollendungspunkt in das Versuchsstadium zurückgeschoben ist“ [1]). Das sind vor allem die sogen. „kupierten Erfolgsdelikte“. Hier wird eine, für den Erfolg kausale Ausführungshandlung mit Strafe bedroht, ohne Rücksicht auf den endgültigen Eintritt des Erfolges (z. B. §§ 87, 131 u. a. Str. G. B.) Und zweitens die sogenannten „verkümmerten zweiaktigen Verbrechen“; Delikte, die zur materiellen Vollendung zweier verschiedener Tatbestände bedürfen, die aber schon dann als vollendet angesehen werden, wenn der erste Tatbestand verwirklicht ist (z. B. § 146 Str. G. B.).

Sicher ist, daß bei all diesen Gruppen ein Rücktritt möglich ist, soweit sie als formell vollendete Verbrechen noch versucht werden können.

Wie z. B. im Falle der Falschmünzerei: Wenn jemand mit den ersten Ausführungshandlungen zur Herstellung falschen Geldes begonnen hat, dann kann er sich noch solange durch Rücktritt von Strafe befreien, wie der erste Akt dieses „verkümmerten zweiaktigen Verbrechens“, die Herstellung, noch nicht vollendet ist.

Erst ob ihm auch dann noch der § 46 zugute kommen kann, ist die Streitfrage. Wenn freilich — wie bei den Unternehmungsdelikten — schon die entferntesten Vorbereitungshandlungen unter Strafe gestellt sind, dann kann es zu ihnen, als formell vollendeten Delikten keinen Versuch mehr geben und damit auch keinen Rücktritt. Das ist unbestritten. Gestritten wird auch hier wieder nur darum, ob nicht, wenn der ganze Tatbestand dieser formell als vollendet, materiell höchstens als versucht, anzusehenden Delikte erfüllt ist, trotzdem der § 46 angewandt werden kann. Zwei sich kraß entgegengesetzte Ansichten werden im wesentlichen vertreten.

Die eine, wohl herrschende [2]), erklärt, daß nur für die Fälle der § 46 Anwendung finden könne, auf die auch die anderen Vorschriften über den Versuch angewandt würden, d. h. nur auf den Versuch im Sinne des § 43.

[1]) So Schoetensack, vergl. Darst. 2 S. 461.

[2]) v. Liszt § 48; Merkel S. 376; Dahlmann S. 47; Hatzig S. 38; Wein S. 36 und Allfeld a. a. O. S. 101, der meint der § 204 wäre sonst überflüssig.

Die andere, gerade entgegengesetzte, Meinung will ihn auf alles, was materiell versucht ist, angewandt haben[1]), teils aus Billigkeitsgründen, teils analog. Sie führen als Argument vor allem die wenig befriedigenden Ergebnisse, die die Anwendung der anderen Theorie ergeben, ins Feld.

Tatsächlich widersprechen auch die Folgen, besonders, bei den Delikten der unter 2 genannten Gruppe, durchaus nicht dem Recht und der Billigkeit. Von einer Vorbereitungshandlung — die an sich straflos, ausnahmsweise unter Strafe gestellt ist — kann der Täter nicht zurücktreten, während er beim Versuch, der auch für gewöhnlich strafbar ist, sich durch Rücktritt befreien kann. Beim Versuch der Münzfälschung kann der Täter sich durch Rücktritt straffrei machen. Wenn er aber gegen § 151 — eine speziell unter Strafe gestellte Vorbereitungshandlung dazu — verstößt, hat er keine Rücktrittsmöglichkeit und verfällt unweigerlich der Strafe. De lege ferrenda ist diese Ansicht sicherlich von großem Wert. Es liegt aber nicht an der entgegengesetzten Meinung, sondern an der lex lata, die eben in dem Punkte reformbedürftig ist. Im übrigen gehören diese Mängel wohl mehr in das Gebiet der „tätigen Reue", und dort ist die Fehlerquelle, die zu so unbefriedigenden Resultaten führt[2]). Denn, wie die andere Ansicht mit Recht betont, liegt hier kein technischer Versuch vor, sondern ein formell vollendetes Verbrechen, auf das der ganze Komplex der gesetzlichen Bestimmungen über den Versuch, wozu auch der § 46 gehört, keine Anwendung finden kann. Am besten begründet wird diese Ansicht, wenn man sich die Bedeutung der Versuchsnorm für das positive Recht und die Technik des Gesetzgebers vor Augen hält, wie es Dahlmann[3]) tut: „Er geht von der Entwicklung des Versuchsbegriffes aus, der erst allmählich mit einem verfeinerten Fortschritt des Strafrechts an Bedeutung gewinnt. Nachdem man erkannt hat, daß die Normen, die sich gegen eine Verletzung oder Gefährdung von Lebensinteressen richten, keinen genügenden Schutz bilden, sondern auch schon Ausführungshandlungen dazu, die nicht zur Vollendung führen, ein solches Maß von Gefährlichkeit besitzen, daß man sich gegen sie schützen muß, stellt man auch diese schon unter Strafe. Dies kann der Gesetzgeber auf zweifache Art machen. Einmal indem er speziell bei einzelnen Delikten, die sich gegen ein besonders wertvolles Rechtsgut richten, diese Handlungen mit in den Tatbestand einbezieht. Das ist die primitivere, ur-

[1]) Vor allem vertreten von Binding Lehrb. S. 14.
[2]) Siehe Schoetensack, vergl. Darst. 2 S. 458 ff.
[3]) S. 26/27.

sprüngliche Methode. Damit begnügte man sich zunächst. Als dann aber derartige mit Strafe bedrohte Einzelfälle immer mehr zunahmen, schuf man eine generelle Regelung dafür, wie sie heute in § 43 Str. G. B. zum Ausdruck kommt. Merkwürdigerweise gebraucht man aber nebenher noch immer die alte Methode, indem man die Strafbarkeit im Versuchsstadium beginnen ließ, und nicht die Vollendungsstrafe, was ja jetzt möglich gewesen wäre, nun auch wirklich erst mit dem Eintritt des Erfolges für verwirkt erklärte". So kommt es, daß im heutigen Strafgesetzbuch beide Methoden nebeneinander bestehen.

Aus dieser Entwicklung ergibt sich, daß der Begriff, des generell unter Strafe gestellten Versuchs, nur subsidiär ist. Wenn der Versuch unter einen einzelnen, besonderen Tatbestand fällt und schon deswegen strafbar ist, dann bleibt kein Raum mehr für Anwendung des § 43, der generellen Versuchsnorm; damit aber auch nicht für den § 46, der, der ganzen Entwicklung des Versuchsbegriffes und seiner Stellung im Gesetze nach, — beide stehen im selben Abschnitt — nur zu diesen generellen gesetzl. Versuchsbegriffe des § 43 gehören kann. Vielmehr muß eine Regelung dieser Frage dem Gebiet der tätigen Reue nach vollendetem Delikt überlassen bleiben. Zu untersuchen, inwieweit die gesetzlichen Bestimmungen auf diesem Gebiet ihren Zweck erfüllen, bleibt Aufgabe des zweiten Teils dieser Arbeit.

Aber noch eine Zweite Kontroverse gibt es im Hinblick auf das Wort „Versuch", die jedoch zum folgenden Teil der Arbeit gehört.

§ 9.

c) Die Wirkungen des Rücktritts auf die Teilnehmer.

Zwei Fragen müssen unterschieden werden.

1. Können die Teilnehmer selbständig zurücktreten?
2. Wirkt der Rücktritt des Täters auch auf die Teilnehmer?

Diese beiden Fragen werden am besten bei den einzelnen Formen der Teilnahme behandelt. Für mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft, die man im weiteren Sinne auch als Teilnahme zu bezeichnen pflegt, spielt allerdings nur die erste Frage eine Rolle. Tritt nämlich der Ausführende bei der mittelbaren Täterschaft zurück, so liegt, trotz allem, Versuch des mittelbaren Täters vor. Aber auch bei der Mittäterschaft hat noch niemand im Ernste behauptet, daß alle Täter straffrei würden, wenn einer zurücktritt. Selbst, wenn dieser den

Gesamterfolg verhindert, bleibt bei den anderen doch ein schuldhafter Versuch über. Die zweite Frage kann vielmehr nur bei der eigentlichen Teilnahme — Anstiftung und Beihilfe — infolge deren Akzessorität akut werden.

1. Teilnahme im weiteren Sinne.

(Mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft.)

Mittelbare Täterschaft liegt vor, wenn die unmittelbar ausführende Person nicht verantwortlich ist, ein anderer aber schuldhaft auf sie eingewirkt hat, und so der Tatbestand eines Delikts verwirklicht wird. Sicher kann auch hier der mittelbare Täter nach § 46 I u. II zurücktreten. Hat er allerdings psychisch auf die ausführende Person eingewirkt, dann gibt es wohl nur einen Rücktritt nach § 46 II. Denn meist wird es sich hier um beendeten Versuch handeln. Hat er aber physische Gewalt dazu angewandt, dann ist auch ein Rücktritt nach § 46 I möglich, wie das von Wein[1]) zitierte Beispiel zeigt. A drängt den B mit unwiderstehlicher Gewalt gegen ein Fenster, um es zu zertrümmern, bevor es aber geschehen ist, hört er mit der Gewaltanwendung auf.

Die mittelbare Täterschaft gehört an sich kaum in das Gebiet der Teilnahme. Da sich aber bei ihr ähnliche Fragen ergeben, sollte sie hier wenigstens kurz gestreift werden.

Nach richtiger Ansicht[2]) ist auch die sogen. Mittäterschaft in Wirklichkeit keine Teilnahmeform, sondern eine Form der eigentlichen Täterschaft. Was in Anbetracht des Rücktritts für den Täter gilt, muß also auch für den Mittäter gelten. Ohne Schwierigkeiten läßt sich das durchführen, wenn die Mittäterschaft in der Art auftritt, daß jeder einzelne Täter den Tatbestand des Delikts ganz erfüllt, z. B. A und B verletzen den C dadurch, daß beide auf ihn einschlagen. Sicher kann hier sowohl A als auch B jeder für sich vom Versuch zurücktreten und sich dadurch von der Strafe befreien. Die Mittäterschaft kann aber auch so aussehen, daß jeder einzelne Täter nur einen Teil der Ausführungshandlungen verwirklicht, und daß diese Teile zusammen den Erfolg herbeiführen. Treten sämtliche Täter gemeinsam nach § 46 zurück, so unterliegt es auch hier keinem Zweifel, daß sie straffrei werden. Wie aber, wenn nur einer zurücktritt, die übrigen aber die Tat fortsetzen? Muß er da den ganzen Erfolg der Tat verhindern, oder genügt es, wenn er nur den Teil der Tat rückgängig macht, den er selber begangen hat? Letztere Ansicht muß man für richtig

[1]) S. 52.

[2]) So Frank Vorbem. zu § 47 I und v. Liszt § 50.

halten, wenn man den Sinn des § 47 Str. G. B. richtig erkennt. Das Gesetz will, daß der Mittäter als Täter bestraft werden soll, er soll dem (Allein-)Täter gleichgestellt werden, aber auch nicht schlechter stehen als er. Das würde aber der Fall sein, wenn man von ihm verlangen wollte, daß er beim Rücktritt den ganzen Erfolg verhinderte. Allerdings wird das so vor sich gehen müssen, daß er seine Teilhandlung ganz aus dem Kausalzusammenhange, der den Erfolg herbeiführen soll, herauslöst[1]).

Aus demselben Grunde, daß der Mittäter nicht schlechter gestellt sein darf als der Alleintäter, muß auch ein Rücktritt nach § 46 I für ihn möglich sein, was von Oppenhoff[2]) und v. Olshausen[3]) bestritten wird, unter dem Hinweis auf die Unmöglichkeit solcher Fälle. Daß es aber doch möglich ist, zeigt ein Beispiel, welches Prosch[4]) gibt, und das auch Wein[5]) zustimmend anführt. „Eine Anzahl Leute wollen gemeinsam einen Kassenschrank erbrechen und die Beute unter sich verteilen. Einer von ihnen, ein Schlosser, soll das Schloß öffnen. Nachdem er schon einen Schlüssel vergeblich probiert hat, also ein Anfang der Ausführungshandlung vorliegt, überlegt er sich die Sache anders und geht weg, ohne das Schloß geöffnet zu haben. Die anderen erbrechen den Schrank und teilen sich die Beute. Zweifellos liegt hier für den Schlosser ein straffreimachender Rücktritt nach § 46 I vor."

Wein[6]) hat Bedenken, wie es wäre, wenn der Schlosser genau so handelte, wie in dem Beispiel oben, aber unter Zurücklassung seiner Schlüssel, mit denen seine Komplizen den Schrank öffnen, verschwindet. Er will ihn in diesem Falle als Mittäter bestraft wissen, da wie er sagt, „die Tatsache nicht mehr aus der Welt zu schaffen wäre, daß er an einer strafbaren Handlung schuldhafter Weise mit einem ursächlichen Teilakt partizipiert hat".

Meines Erachtens liegt aber, wenn er die Schlüssel mit der Absicht zurückgelassen hat, seine Komplizen zu unterstützen, eine völlig neue Handlung von ihm vor, die sich als Beihilfe qualifizieren würde. Dafür würde er auch gestraft werden müssen.

Hat er aber versehentlich die Schlüssel liegen lassen, so liegt nicht einmal Beihilfe mehr vor, allenfalls fahrlässige, aber die ist, dem klaren Wortlaut des § 49 nach, nicht strafbar.

[1]) So Frank § 47 V, 2; Wein S. 43; Prosch S. 74 u. 78.
[2]) § 47, 16.
[3]) § 47, 27.
[4]) S. 75 76.
[5]) S. 42.
[6]) S. 42.

Freilich wird bei vielen Fällen der Mittäterschaft ein Rücktritt nach § 46 I unmöglich oder zum mindesten schwer feststellbar sein. So vor allem, wenn die Mittäter gemeinschaftlich zu gleicher Zeit handeln. Aber denkbar ist er auch hier, Prosch S. 78 führt dafür folgendes Beispiel an:

„Mehrere schlagen gleichzeitig auf ein Tier ein, das an den erlittenen Verletzungen eingeht. Sie sind wegen Sachbeschädigung zu bestrafen. Einer aber, der seinen Stock schon zum Schlagen erhoben hatte, läßt ihn ohne zuzuschlagen wieder sinken. Sofern sich letzteres nur nachweisen läßt, ist dieser Mittäter sicherlich nach §. 46 I straflos."

Es ist also mit Frank, Wein und Prosch daran festzuhalten, daß jeder einzelne Mittäter nach § 46 I und II sich durch Rücktritt straffrei machen kann, und daß es für § 46 II genügt, wenn er den von ihm begangenen Tatteil rückgängig macht.

2. Teilnahme im engeren Sinne.

§ 10.

α) Allgemeines.

Weit komplizierter liegen die Verhältnisse bei der eigentlichen Teilnahme, da hierbei auch die zweite, am Anfang dieses Kapitels gestellte Frage auftaucht: Wirkt der Rücktritt auch auf die Teilnehmer? Diese Frage läßt sich für beide Formen, für Anstiftung und Beihilfe gemeinsam beantworten. Man versucht auch hier die Rücktrittsmöglichkeit — wie schon am Schluß des vorigen Kapitels angedeutet — durch einfache Wortauslegung zu begründen. Daraus, daß § 46 sagt: „Der Versuch als solcher" bleibt straflos, will man folgern, daß der Versuch als Ganzes straflos bleibt, d. h. wie Herzog a. a. O. sagt: „dinglich" wirkt. So muß aber der Wortlaut des Gesetzes nicht zwingend aufgefaßt werden. Vielmehr erklärt sich diese Fassung, wie oben gesagt, zwanglos als ein Hinweis auf den qualifizierten Versuch. Es werden dann auch noch andere, gewichtigere Gründe ins Feld geführt, die mit der Akzessorität der Teilnahme zusammenhängen. Hält man nämlich mit Binding a. a. O. den Rücktritt vom Versuch für einen Unrechtsausschließungsgrund, dann muß man daraus die Konsequenz ziehen, daß er auch für die Teilnehmer wirkt. Der Gehilfe und der Anstifter sind ja nur strafbar, wenn es zur Haupttat gekommen ist. Zum mindesten muß ein strafbarer Versuch vorliegen. Der liegt aber, wenn der Rücktritt ein Unrechtsausschließungsgrund ist, nicht vor. Anstifter und

Gehilfe wären also ipso jure straflos. Diese Konsequenz wird dann von Binding[1]) auch gezogen.

Das Gegenteil wird von denen behauptet, die als Grund der Straflosigkeit des Rücktritts kriminalpolitische Gründe annehmen. Für sie liegt ein strafbarer, schuldhafter Versuch vor, da nur für den Täter die Strafe nachträglich wegfällt. Es handelt sich dabei um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund. Der Akzessorität der Teilnahme ist Genüge geleistet, sodaß durch den Rücktritt des Täters die Teilnehmer nicht berührt werden, sondern strafbar bleiben[2]).

Wie steht es aber, wenn man der hier vertretenen Ansicht ist, daß der Rücktritt vom Versuch die Schuld ausschließt? Versteht man unter Schuld nur einen Oberbegriff für Vorsatz und Fahrlässigkeit, dann liegt auch hier keine strafbar begangene Handlung vor. Infolge der Akzessorität müßten demnach die Teilnehmer beim Rücktritt des Haupttäters strafbar bleiben.

Versteht man dagegen „Schuld" im Sinne Franks[3]) als „Vorwerfbarkeit eines rechtswidrigen Verhaltens wegen seiner Freiheit und seiner erkannten oder erkennbaren Tragweite", so kann man sehr wohl auch von „persönlichen" Schuldaufhebungsgründen reden[4]). Und zwar dann, wenn trotz Vorsatzes oder Fahrlässigkeit, aus irgend welchen annormalen Gründen, dem Täter die Handlung nicht vorgeworfen werden kann. Wenn der Delinquent vom Versuch zurücktritt, so zeigt er damit, daß diese Rückkehr zum Einklang mit der Norm, für ihn das Normale ist und daß sein anfängliches Handeln nicht seinem normalen Willen entsprach, daß also das Unwerturteil nicht zu recht besteht, und ihm keine Schuld mehr vorgeworfen werden kann[5]). Diese Gründe seines Handelns, die die Schuld ausschließen, sind allein bei dem Zurücktretenden vorhanden, sie können auch nur für ihn persönlich die Schuld ausschließen. Die Teilnehmer bleiben davon unberührt.

Auch bei der ersten, am Anfang dieses Kapitels aufgeworfenen Frage hat man zunächst eine Lösung durch Wortauslegung zu finden gesucht. Und zwar wollte man das Wort „Täter" nicht im technischen Gesetzessinne aufgefaßt wissen, sondern darunter auch die Teilnehmer verstehen[6]).

[1]) G. S. 68 S. 24 und Grundriß S. 138.

[2]) So Hatzig S. 58; Prosch S. 53 u. 63; Oppenhoff § 46.

[3]) § 46, IV. Abschn. II, 2.

[4]) So Schoetensack, Franks Festschr. S. 67.

[5]) So Kemsies, Strafrechtl. Abhandlung 259 S. 27.

[6]) Allfeld a a. O. S. 202; v. Liszt § 48 u. 52 III, 3; Berner S. 161; Merkel S. 35; Meves Goltd. Archiv 37 S. 397.

Jedoch ist der Ausdruck „Täter" ein im Gesetz derart bestimmter und feststehender terminus technicus, daß eine solche willkürliche Auslegung nicht angängig erscheint[1]). Vielmehr muß man m. E. die Frage an den einzelnen Teilnahmearten — Anstiftung und Beihilfe — untersuchen.

§ 11.

β) Die Anstiftung.

Die Anstiftung ist nach dem Wortlaut des § 48 so lange nicht strafbar, wie die Haupttat noch nicht „strafbar begangen ist". Das heißt, solange der Angestiftete nicht mindestens sich im Versuchsstadium befindet, ist die Anstiftung straflos. Daraus folgt, daß sie dann, wenn ein solch strafbarer Versuch der Haupttat vorliegt, auch vollendet ist. Einen strafbaren Versuch zum § 48 kann es also nicht geben; das geht übrigens auch schon aus der Existenz des § 49a hervor, der sonst völlig überflüssig wäre[2]). Gibt es aber keinen strafbaren Versuch, dann kann es auch keine direkte Anwendung des § 46 geben, der ja gerade einen solchen voraussetzt. Vielmehr muß der Anstifter infolge mangelnder Akzessorität straffrei bleiben[3]).

Hat der Angestiftete aber die Tat schon strafbar versucht, und verhindert der Anstifter die Vollendung, sei es dadurch, daß er den Täter veranlaßt zurückzutreten nach § 46, sei es dadurch, daß er selbst den Erfolgseintritt verhindert, so sollte auch er sich billigerweise dadurch von Strafe befreien können. Eine direkte Anwendung ist, wie eben gesagt, nicht möglich; es bleibt also nur eine analoge Anwendung des § 46 über. Dazu führt auch schon folgende Überlegung. Der § 48 will den Anstifter wie den Täter bestraft wissen. Sicherlich muß er aber dann nicht nur nach der negativen Seite, der Strafe hin, sondern auch nach der positiven Seite, der Strafbefreiungsmöglichkeit des Rücktritts hin, dem Täter gleichgestellt werden.

Auf alle Möglichkeiten, die dem Anstifter zur Erfolgsverhinderung zur Verfügung stehen, trifft immer nur der Tatbestand des § 46 II zu. Immer muß er positiv tätig werden, um den Erfolg zu verhindern. Liegt ja doch auch eigentlich gar kein Versuch, sondern ein vollendetes Delikt vor; daß

[1]) So Olshausen § 46, 7; Schütze S. 141; Wein S. 40; Hatzig S. 55 ff.

[2]) So Frank § 48, 5.

[3]) So auch v. Liszt § 52 II, 2a; Prosch S. 53; Wein S. 45.

niemals ein passives Verhalten zur Erfolgsverhinderung genügen kann, dürfte verständlich sein. Dafür stimmen aber die Handlungen des Anstifters, die den Erfolg abwenden sollen, mit denen vom § 46 II geforderten völlig überein. Beidemale gibt der Zurücktretende aus freien Stücken seinen verbrecherischen Willen auf und stellt seiner Handlung eine, diese wirkungslos machende, Gegenhandlung entgegen. Die Erfordernisse sind im übrigen dieselben wie im § 46 II.

Weitere Meinungsverschiedenheit herrscht noch darüber, ob die Arten der Abwendungshandlung des Anstifters unter einander gleichwertig sind. Prosch[1]) behauptet z. B. der Anstifter könne nur dann straffrei werden, wenn er entweder den Angestifteten zum Rücktritt überredet oder aber, mit dessen Wissen und Zustimmung handelt; während er strafbar bliebe, wenn er gegen den Willen oder ohne das Wissen des Angestifteten, selbst den Erfolg verhindere; denn hier habe er nicht den Erfolg s e i n e r Handlung abgewandt, d. h. die im Angestifteten erweckte Lust rückgängig gemacht, sondern diesem nur ein Hindernis in der Ausführung seiner Tat bereitet. Die Tatsache bleibe bestehen, daß die Haupttat, zu der er angestiftet habe, strafbar versucht sei. Der Anstifter habe den „Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges" nicht abgewendet.

Meines Erachtens darf man aber nicht wie Prosch das „s e i n e r" so betonen. So isoliert stehen Haupttat und Anstiftung doch nicht nebeneinander. Es besteht schon ein gewisser Zusammenhang zwischen beiden. Der Anstifter stiftet nämlich nicht nur an, um in einem anderen böse Gelüste zu erwecken, sondern er erweckt diese bösen Gelüste nur, um sein eigentliches Ziel, den Eintritt des Erfolges der Haupttat, zu erreichen. Infolgedessen hat er auch dann den „Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges" abgewandt, wenn er diesen, letzten Grundes auch von ihm gewollten, Erfolg verhindert[2]).

In den anderen Fällen, wo nicht der Anstifter direkt, sondern durch Umstimmung des Angestifteten oder mit ihm gemeinsam den Erfolg abwendet, ist er unter Umständen sogar dann straflos, wenn die Tat doch noch zur Vollendung kommt; das wäre dann möglich, wenn der Angestiftete auf Grund eines neuen, autonomen Entschlusses die Tat von sich aus zu Ende führt. Hier besteht zwischen Anstiftung und Vollendung überhaupt kein Causalzusammenhang mehr.

[1]) S. 49 ff.

[2]) Im Ergebnis ebenso: Frank § 56, V 2 b; v. Liszt § 52, Wein S. 47, Hatzig S. 57.

Noch einmal kurz zusammenfassend kann gesagt werden: Durch analoge Anwendung des § 46 II wird dem Anstifter die Möglichkeit gegeben, sich Straffreiheit zu sichern, indem er selbst oder durch Beeinflussung des Angestifteten, mit oder gegen dessen Willen, den Erfolg der Haupttat verhindert.

§ 12.

γ) Die Beihilfe.

Bei der Beihilfe ist im Gegensatz zur Anstiftung auch ein Versuch möglich. Und zwar so, daß jemand einen anderen bei einem Delikt unterstützen will, es ihm jedoch nicht gelingt. Zum Beispiel A schreibt dem B einen Brief, in dem er ihm Ratschläge zur Begehung, des von B geplanten Deliktes mitteilt, der Brief erreicht aber den B nicht, bezw. erst nachdem die Tat schon ausgeführt ist[1]). Nicht nur psychische, auch physische Beihilfe kann in dieser Art geleistet werden. A gibt dem B einen Nachschlüssel, B benutzt ihn aber nicht, sondern öffnet die Tür gewaltsam[2]).

Diese versuchte Beihilfe ist aber in keinem Falle strafbar; denn es fehlt völlig am Causalzusammenhang der Gehilfenhandlung mit der Haupttat. Der Tatbestand des § 49 ist in solchem Falle nicht verwirklicht, dem „Täter ist zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens keine Hilfe geleistet worden".

Wo man sonst von versuchter Beihilfe sprechen könnte — A gibt dem B einen Nachschlüssel um einen Schrank zu öffnen, aus dem er sich fremde Sachen aneignen will, B führt aber die Tat nicht aus — scheitert eine Bestrafung des Gehilfen schon an der akzessorischen Natur der Beihilfe. Diese denkbaren Versuche der Beihilfe sind also ipso jure straflos. Eine Anwendung des § 46 ist somit nicht mehr nötig und auch nicht möglich, da ja § 46 einen strafbaren Versuch voraussetzt.

Hat aber der Gehilfe den Haupttäter mit Rat oder Tat unterstützt, und ist die Haupttat im Stadium des Versuches stecken geblieben, so kann man nicht von versuchter Beihilfe reden, sondern dieser Tatbestand qualifiziert sich als Beihilfe zum Versuch.

[1]) Dies Beispiel bei Frank § 49, 4.

[2]) Anm. Mit Recht weist allerdings Frank § 49 IV darauf hin, daß in einem solchen Verhalten vollendete psychische Beihilfe liegen kann, und zwar dann, wenn dadurch der verbrecherische Entschluß des Täters bestärkt wurde. Oder es kann Beihilfe zum Versuch sein — trotz Vollendung der Haupttat —, wenn der Täter den Nachschlüssel benutzte, es ihm jedoch nicht gelang, die Tür damit zu öffnen, und er sie dann erst gewaltsam erbrach.

(Dahin gehört auch das Beispiel Wein's[1]). A will vermittelst eines Hakens durch ein Fenster einen Korb aus einem fremden Keller ziehen, um ihn sich widerrechtlich anzueignen. Da es ihm allein nicht gelingt, veranlaßt er den B, ihm zu helfen. B tut das lediglich aus Gefälligkeit, ohne am Erfolg des Delikts teilhaben zu wollen. Während dieser Tätigkeit werden sie beide abgefaßt. M. E. ist es falsch oder zum mindestens inkorrekt, wenn Wein hier von „versuchter Beihilfe" redet. Vielmehr liegt vollendete Beihilfe zum versuchten Delikt vor. — Bei der Bestrafung des Gehilfen müßte dann allerdings eine doppelte Reduktion vorgenommen werden. Der Täter würde nur gemäß der Bestimmung des § 44 bestraft und diese Strafe würde für den Gehilfen nach § 49 II noch einmal, den Bestimmungen über die Versuchsstrafe entsprechend, zu ermäßigen sein. —)

Eine Möglichkeit zur Anwendung der Bestimmungen, über den Rücktritt vom Versuche, ergibt sich somit nur in den letztgenannten Fällen, wenn die Tat durch das Wirken des Gehilfen nicht vollendet wird, sondern im Versuchsstadium stecken bleibt. Diese Möglichkeit muß aber dem Gehilfen aus denselben Gründen gewährt werden, wie dem Anstifter. Ja, die Gründe sind hier noch viel zwingender. Das Gesetz stellt den Gehilfen im allgemeinen nicht nur — wie den Anstifter — dem Täter gleich, sondern es stellt ihn besser. Er wird milder bestraft als der Täter. Es muß ihm somit erst recht die Möglichkeit gegeben werden, durch freiwilligen Rücktritt sich straffrei zu machen. (argumentum a maiore ad minus)[2]).

Allerdings kann auch bei der Teilnahme der § 46 nicht direkt angewandt werden, da ja — wie schon gesagt — eine solch extensive Auslegung des terminus „Täter" nicht möglich erscheint und ein strafbarer Versuch undenkbar ist. Eine analoge Anwendung ist aber geboten. Genau wie bei der Anstiftung stehen dem Gehilfen zwei Wege offen, um zurückzutreten und sich straflos zu machen.

Einmal kann er seine Beihilfe rückgängig machen, das andere Mal den Erfolg der Haupttat verhindern. Prosch[3]) behauptet auch hier — entsprechend wie bei der Anstiftung —, daß im letzteren Falle der Gehilfe strafbar bleibe, wenn beim Haupttäter ein strafbarer Versuch vorliege; denn die Gehilfenhandlung sei dann eben Beihilfe zum strafbaren Versuch.

Wenn A also dem B, der einbrechen will, einen Nachschlüssel überreicht, ihn aber, bevor B ihn benützen kann,

[1]) S. 50/51.
[2]) So auch Wein S. 49.
[3]) S. 65.

wieder an sich nimmt, und B dann mit Gewalt einbricht und raubt, bleibt er straflos. Hat B dagegen den Schlüssel schon benützt, und A alarmiert jetzt, bevor B etwas entwenden kann, die Hausbewohner, so soll A, nach Ansicht von Prosch, strafbar sein. Obgleich doch feststeht, daß der Gehilfe in diesem Falle mehr getan hat, als er brauchte; er hat den ganzen Erfolg abgewendet und nicht blos seine Handlung aus dem Causalzusammenhang gelöst. Wollte man sich auf den Standpunkt von Prosch stellen, so würde man den Gehilfen dazu treiben, nachdem die Haupttat einmal in das Versuchsstadium eingetreten ist, nichts mehr zur Verhinderung zu unternehmen, denn gestraft würde er so und so.

Wird der Gesamterfolg hingegen indirekt, durch die Causalitätsbeseitigung der Gehilfenhandlung verhindert, so billigt auch Prosch dem Gehilfen Straffreiheit zu. Das heißt für obiges Beispiel B ist dann straflos, wenn er den A, der noch nichts entwendet hat, den Schlüssel wegnimmt und die schon geöffnete Tür wieder zuwirft, sodaß das Schloß einschnappt. B verzichtet darauf auf die Ausführung seines Planes.

Im übrigen läßt Prosch[1]) auch bei psychischer Beihilfe den Gehilfen nur dann bei Abwendung des Gesamterfolges straflos werden, wenn er den Täter psychisch veranlaßt hat, den Erfolg abzuwenden. Hat er selbst die Haupttat verhindert, ohne die Wirkungen seiner Ratschläge auf den Täter vernichtet zu haben, so will er ihn ebenfalls bestraft wissen.

Wie aber schon gesagt, hat der Teilnehmer ja ein Plus getan und muß deswegen, sowohl bei physischer, als auch bei psychischer Beihilfe, analog § 46, straflos werden, möge er seine Beihilfehandlung als solche wirkungslos gemacht haben oder möge er den Gesamterfolg der Tat verhindert haben[2]).

Keiner weiteren Erörterung bedarf es wohl, daß die übrigen Erfordernisse des § 46 genau wie beim Täter, auch beim Gehilfen vorliegen müssen.

Auf eines weist Wein[3]) noch mit Recht hin, was bei der Beihilfe, im Gegensatz zur Anstiftung, denkbar und möglich ist, nämlich ein Rücktritt nach § 46 I. In dem Beispiele auf Seite 50 kann der Gehilfe durch ein bloßes passives Verhalten, dadurch, daß er während des Heraufziehens des Korbes seine Tätigkeit abbricht, sein Verhalten aus dem Causalzusammenhange lösen und wird analog § 46 I straffrei.

---

[1]) S. 68.
[2]) So v. Liszt § 52 III, 3; Frank § 49 IV; Wein S. 50.
[3]) S. 50.

B. Tätige Reue.

I. Allgemeines.

§ 13.

Der Gesetzgeber geht einen Schritt weiter und gibt dem Verbrecher nicht nur die Möglichkeit während des Versuchsstadiums seiner Tat, sich durch Rücktritt von Strafe zu befreien, sondern er bietet ihm in gewissen Fällen Gelegenheit, sich auch nach vollendetem Delikt noch durch „tätige Reue" straflos zu machen, bezw. eine Milderung seiner Strafe zu erreichen. Der Rücktritt vom Versuch ist im Reichsstrafgesetzbuch generell geregelt; anders die tätige Reue. Es finden sich nur einige wenige Bestimmungen, die für gewisse einzelne Delikte dem Täter diese Wohltat gewähren.

Die Voraussetzungen sind im wesentlichen die gleichen, wie sie in § 46 für den Rücktritt gefordert werden.

Der Täter muß freiwillig tätig werden, und diese seine Tätigkeit muß rechtzeitig — d. h. vor Entdeckung und vor Eintritt des eigentlichen Deliktschadens — den Erfolg aufheben; dann wird ihm die Strafe gemildert oder ganz erlassen.

Der Grund für dieses Verhalten des Gesetzgebers liegt, nach fast völlig einheitlicher Ansicht, in kriminalpolitischen Erwägungen. Der Gesetzgeber will die Rechtsgüter schützen. Um diesem seinem Hauptprinzip treu zu bleiben, entschließt er sich dazu dem Täter, die an sich verwirkte Strafe zu erlassen, wenn er die Rechtsgüterverletzung, die infolge seiner Tat droht, abwendet. Der Straferlaß bezw. die Strafmilderung soll der Lohn für das nachträgliche gute Verhalten des Täters sein. Es liegt somit ein Strafaufhebungsgrund vor[1]).

Das Delikt ist objektiv und subjektiv vollendet. Ein Verhalten des Täters, das lediglich die Rechtsgüterverletzung verhindert — die in allen Fällen der tätigen Reue nicht mit dem Vollendungspunkt des Deliktes zusammenfällt, sondern ihm nachfolgt —, kann dies vollendete Verbrechen niemals ungeschehen machen. Es kann ihm weder die subjektive Schuldseite, noch die objektive Rechtswidrigkeit nehmen. Rechtsgründe für die Strafmilderung bezw. den Straferlaß lassen sich keine finden.

(Nur Herzog a. a. O. will seine Praesumtionstheorie, die schon oben beim Rücktritt vom Versuch abgelehnt wurde, auch hier angewandt wissen).

---

[1]) So Schoetensack a. a. O. S. 437; Meyer-Allfeld S. 238; Klee S. 43 u. a.

Allein dem, der tätige Reue übt, kommt höchst persönlich die Begünstigung zugute. Die Tat als solche bleibt eine strafbare Handlung. Die Teilnehmer also strafbar. Im übrigen aber muß man auch für die Teilnehmer die Möglichkeit anerkennen, tätige Reue zu üben, was schon durch Anwendung des § 50 erreicht wird. Sonst kann auf die Ausführungen, die über denselben Punkt beim Rücktritt vom Versuch gemacht wurden, verwiesen werden[1]). Die Erfordernisse der tätigen Reue werden am besten, jeweils bei den betreffenden einzelnen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, untersucht. Es sind dies § 158 und § 163 II; § 204 und § 210.

II. Die einzelnen Fälle der tätigen Reue im St. G. B.

§ 14.

a) Tätige Reue beim Meineid und der falschen eidesstattlichen Versicherung.

(§§ 158, 163 II Str. G. B.)

Das wichtigste Wirkungsgebiet der tätigen Reue sind die Bestimmungen über den Meineid und die falschen eidesstattlichen Versicherungen. Und zwar kennt das Gesetz einen Teilstrafaufhebungsgrund und einen völligen Strafaufhebungsgrund; je nach dem Maße der Schuld.

Hat der Täter den Meineid oder die falsche Versicherung an Eidesstatt vorsätzlich abgegeben, so tritt nur eine Strafmilderung ein (§ 158). Hat er aber nur fahrlässig gehandelt, so wird ihm die Strafe ganz erlassen.

Die Voraussetzungen dafür stellen § 156 und 163 II gleichmäßig auf. Der Wortlaut ist in beiden Paragraphen derselbe; Straflosigkeit bezw. Strafmilderung tritt ein: „wenn der Täter, bevor eine Anzeige gegen ihn erfolgt oder eine Untersuchung eingeleitet und bevor ein Rechtsnachteil für einen anderen aus der falschen Aussage entstanden ist, diese bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgegeben hat, widerruft".

Der Täter muß seine falsche Aussage, die er gemacht hat, „widerrufen". Er muß eine Erklärung des Inhalts abgeben, daß die beeidete, ursprüngliche Aussage falsch sei. Diese neue Erklärung braucht nicht gleichzeitig die wahre Aussage zu enthalten. Denn nach dem klaren Wortlaut der § 158 und 163 II bedarf es nur eines Widerrufes. Der liegt aber schon dann vor, wenn der Täter lediglich zu erkennen gibt, daß die Tatsachen, die er unter Eid ausgesagt hat, nicht

[1]) So auch Schoetensack a. a. O. S. 244; Schmitz-Otto S. 26/27.

der Wahrheit entsprechen[1]). Ja, man wird sogar mit Binding[2]) sagen können, daß auch dann ein Widerruf vorliegt, wenn die neue Erklärung ebenfalls falsch ist, sofern daraus nur die Zurücknahme des ursprünglich Beschworenen zu erkennen ist[3]). Andererseits muß aber der Täter die Absicht haben, mit seiner Gegenerklärung, den etwa drohenden Rechtsnachteil abzuwenden. Sie darf nicht nur zufällig, ohne Vorsatz bei einer späteren Gelegenheit abgegeben werden. Dann liegt kein Widerruf, sondern nur ein Widerspruch zwischen beiden Aussagen vor[4]).

Auch ist es nicht erforderlich, daß der Täter persönlich die Aussage macht, es genügt vielmehr, wenn sie auf seine Veranlassung durch einen Dritten zur Kenntnis der richtigen Stelle kommt. Das ist die zweite Voraussetzung, die das Gesetz aufstellt. Der Meineid, bezw. die falsche eidesstattliche Versicherung, muß bei der Behörde zurückgenommen werden, vor der sie abgegeben ist. Daraus, daß der Täter nicht direkt persönlich zu erscheinen braucht, ergibt sich aber schon, daß es genügt, wenn der Widerruf, mit Wissen des Widerrufenden, an diese Stelle gelangt. Ja, man kann sogar einen Schritt weiter gehen. Der Zweck dieser Bestimmungen ist der, daß die Behörde, bei der der Meineid oder die falsche Versicherung an Eidesstatt „ihre rechtliche Wirkung äußern würde", Kenntnis von deren Unwahrheit erhält[5]).

Diese Bestimmung ist also möglichst extensiv auszulegen.

Das Reichsgericht nimmt immer dann dieselbe Behörde an, wenn das Verfahren ein einheitliches ist.

So kann z. B., wer vor einem ersuchten Richter einen Meineid geschworen hat, denselben vor dem ersuchenden Gericht widerrufen.

Ebenso im Zivilprozeß bei den Gerichten erster und zweiter Instanz[6]).

Eine zu weitgehende Auslegung dieser Frage wird übrigens durch eine andere Bestimmung des § 158 und 163 II verhindert. Der Widerruf muß rechtzeitig erfolgt sein.

[1]) Frank § 158 I.

[2]) Lehrb. spez. Teil S. 159.

[3]) So auch Wein, S. 54; Schmitz-Otto S. 21.

[4]) Schmitz-Otto S 21.

[5]) So Schoetensack a. a. O. S. 441; Frank § 158 I; Schmitz-Otto S. 21.

[6]) s. Frank 158 I und die dort zit. R. G. Entscheidungen, ebenso Schoetensack a. a. O. S. 441.

Die Rechtzeitigkeit richtet sich nach dem Eingang bei der zuständigen Behörde. Hat sich der Täter einer Mittelperson bedient, so muß auch diese die Behörde rechtzeitig in Kenntnis gesetzt haben.

Rechtzeitig kann der Täter nur widerrufen:

1. „Bevor eine Anzeige gegen ihn erfolgt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet ist."

   Ähnlich wie beim Rücktritt des § 46 II kann man in dieser Formulierung einen Hinweis auf die Freiwilligkeit sehen. Allerdings liegt dann eine Fiktion des Gesetzes vor, derart, daß der Täter einerseits nicht mehr freiwillig handelt, wenn er angezeigt ist bezw. wenn eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet ist, andererseits aber immer freiwillig handelt, wenn er vorher widerruft. Diese Bestimmung ist also lediglich eine objektive Voraussetzung, sodaß dem Täter auch dann die Strafe erlassen bezw. gemindert wird, wenn er zum Widerruf gezwungen ist, sofern er nur nicht ganz ohne eigenen Willen als Instrument eines Dritten erscheint, und es vor der Anzeige geschieht[1]).

   Dagegen nützt es ihm nichts, wenn er von der Anzeige oder Untersuchung noch nichts erfahren hat und seine Aussage freiwillig revoziert.

   Eine Anzeige liegt vor in den Fällen des § 156 Str. P. O., d. h. wenn dem Amtsgericht, der Staatsanwaltschaft oder der Polizei Mitteilung zugekommen ist[2]). Die Untersuchung braucht aber gegen den Täter nur „eingeleitet" zu sein; sie braucht noch nicht eröffnet zu sein, im Sinne des § 151 Str. P. O., vielmehr gehört dazu auch schon die Voruntersuchung durch den Staatsanwalt[3]).

   Andere wollen sogar die polizeilichen Ermittelungen des § 161 Str. P. O. schon hierzu rechnen[4]). Jedoch dürfte mit Schoetensack daran festzuhalten sein, daß die Polizei keine „Untersuchungen einleiten kann".

2. Zur Rechtzeitigkeit ist noch erforderlich, daß der Täter widerruft: „bevor ein Rechtsnachteil für einen anderen aus der falschen Aussage entstanden ist".

---

[1]) So Binding a. a. O. u. Wein S. 55; Schmitz-Otto S 23.
[2]) So Schoetensack a. a. O. S. 441.
[3]) So Binding, Lehrb. II, S. 160; Schoetensack a. a. O. S. 441.
[4]) So Olshausen zu § 158 III; Frank § 158 II, 1.

Etwas entsprechendes haben wir beim Rücktritt vom Versuch gemäß § 46 II gesehen, wo der Erfolg noch nicht eingetreten sein durfte.

Dieser Rechtsnachteil braucht sich nicht so weit ausgewirkt haben, daß er schon die Vermögenslage des betreffenden anderen verschlechtert hat. Es genügt, wenn sich irgendwie die Rechtsverhältnisse des andern — auch in prozeßualer Beziehung — ungünstiger gestaltet haben. Eine solche Verschlechterung muß allerdings tatsächlich schon eingetreten sein und darf nicht nur erst drohen. Dahin gehören z. B.: Verurteilung in erster Instanz, auch wenn das Urteil in einer höheren Instanz wieder aufgehoben wird, Verhaftung, einstweilige Verfügung, Einstellung der Zwangsvollstreckung, Eröffnung des Hauptverfahrens, Erteilung eines Erbscheins usw.[1]).

Auch dies Erfordernis des nichteingetretenen Rechtsnachteils ist rein objektiv zu verstehen, ein Irrtum darüber kann dem Täter weder nützen, noch schaden.

§ 15.

b) Die tätige Reue beim Zweikampf.

(§ 204 Str. G. B.)

Eine weitere Bedeutung gewinnt die tätige Reue bei gewissen mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlungen zum Zweikampf durch den § 204 Str. G. B., der bestimmt:

> „Die Strafe der Herausforderung und der Annahme derselben, sowie die Strafe der Kartellträger fällt weg, wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn aufgegeben haben."

Diejenigen, welche den Tatbestand der §§ 201—203 erfüllt haben, werden von Strafe frei, wenn die Parteien den Zweikampf garnicht erst begonnen haben, sondern ihn vorher aufgegeben haben. Diese Aufgabe kann mit Worten erklärt sein, sie kann aber auch durch konkludente Handlung erfolgt sein[2]). Erforderlich ist nur, daß sie von den Parteien bewußt und gewollt ist. Wenn beide Parteien im Einverständnis miteinander die Kampfhandlungen nur zum Scheine vornehmen, so wird man darin eine solche vorsätzliche, gewollte Aufgabe erblicken müssen; denn solche Handlungen

[1]) So Frank § 158 II, 1; Schoetensack a. a. O. S. 441; Olshausen § 158 IV; Wein S. 56; Schmitz-Otto S. 24.

[2]) Schoetensack a. a. O. S. 444; Frank § 204 I; Olshausen § 204, 4; Wein S. 58.

erfüllen nicht den Tatbestand des Zweikampfes. Es fehlt am ernstlichen Angriffe und an der Verteidigung. Ein Kampf hat garnicht stattgefunden, seine Ausführung ist aufgegeben, der Tatbestand des § 204 demnach nicht verwirklicht[1]).

Die Aufgabe kann unter Umständen, solange sie nicht durch konkludente Handlungen, sondern durch ausdrückliche Erklärungen erfolgt, auch mittelbar durch die Parteien geschehen. Zum Beispiel dadurch, daß auf deren Veranlassung die betreffende Erklärung durch den Kartellträger der Gegenpartei zugestellt wird.

Außerdem ist die Aufgabe des Kampfes, wenn sie von Strafe befreien soll, an zwei Bedingungen geknüpft.

1. Sie muß vor Beginn des Zweikampfes erfolgt sein. Entsprechend dem Nichteintritt eines Schadens in den §§ 158 und 163 II wird diese Forderung hier aufgestellt. Die Tatbestände der §§ 201—203 qualifizieren sich als Vorbereitungshandlungen zu dem eigentlichen schädlichen Erfolge, dem Zweikampf. Solange dieser Erfolg noch nicht erreicht ist, ist tätige Reue möglich[2]).

   Begonnen hat der Kampf aber erst dann, wenn eine ernste, ordnungsmäßige Angriffshandlung vorliegt.

   So kann beim Pistolenduell sehr wohl schon ein Schuß gefallen sein, ohne daß der Kampf begonnen hätte.

   Zum Beispiel, wenn der Gegner, der den ersten Schuß hat, absichtlich in die Luft schießt. Aber auch dann, wenn der einen Partei die Pistole vor dem Kommando versehentlich losgegangen ist, wird man kaum vom Beginn des Zweikampfes reden können. Hat dieser vorzeitig losgegangene Schuß den Gegner verletzt, und wird dann der Kampf nicht mehr ausgetragen, so kann darin sehr wohl noch eine strafbefreiende Aufgabe liegen, solange nur das andere, später zu erörternde Moment der Freiwilligkeit vorhanden ist.

   (Daß der Täter dann evtl. wegen fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung strafbar bleibt, ergibt sich aus ähnlichen Argumenten, wie beim Rücktritt vom qualifizierten Versuch).

2. Noch eine andere Bedingung muß erfüllt sein, die hier im Gegensatz zum § 46 und zu allen anderen Fällen der tätigen Reue ausdrücklich und klar gefordert wird: nämlich die Freiwilligkeit.

---

[1]) Schoetensack S. 244a; Hatzig S. 63; Wein S. 55.

[2]) So auch Schmitz-Otto S. 32.

Unter dieser „Freiwilligkeit“ hat man dasselbe zu verstehen, was in § 46 I negativ dahin ausgedrückt wird, daß den Täter keine „Umstände, die von seinem Willen unabhängig waren“, an der Ausführung gehindert haben dürfen. Die Aufgabe muß aus autonomen Motiven geschehen sein. Da es sich hier um ein rein subjektives Erfordernis handelt, steht ein irrtümlich von den Parteien angenommenes Hindernis dem wirklichen Hindernis gleich.

Man darf also dies „freiwillig“ des § 204 nicht identifizieren mit dem „nicht Entdecktsein“ bei den anderen Fällen der tätigen Reue. Denn jenes „Nichtentdecktsein“ ist objektiv, dieses „freiwillig“ jedoch, subjektiv gemeint. Wer entdeckt ist, kann immer noch freiwillig handeln, sofern er nur von der Person, die ihn entdeckt hat, keine Schwierigkeiten, die ihn zur Aufgabe zwingen, zu erwarten hat; andererseits kann er, obwohl er nicht entdeckt ist, unfreiwillig seine Tat aufgeben müssen[1]).

Im übrigen kann hier auf die Ausführungen, die über diesen Punkt beim Rücktritt vom Versuche gemacht wurden, verwiesen werden.

Ist der Zweikampf in dem eben erörterten Sinne freiwillig vor Beginn aufgegeben, so ist die Wirkung der tätigen Reue, im Gegensatz zu allen andern Fällen der tätigen Reue, eine objektive. Alle an dem Delikt Beteiligten, die gegen die §§ 201 — 203 verstoßen haben, werden straffrei, ohne daß sie selbst tätig geworden sind.

Auch die Kartellträger, die an sich als Gehilfen zum Zweikampf betrachtet werden müßten, die aber das Gesetz besonders behandelt, indem es die Beihilfe als delictum sui generis im § 203 unter Strafe stellt.

(Interessant ist, daß die Kartellträger, wenn es zum Austrag des Zweikampfes gekommen ist, noch straflos bleiben, sofern sie „ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhüten“ § 209. Zunächst könnte man diesen § 209 auch für einen Fall der tätigen Reue halten. Schoetensack[2]) weist aber mit Recht darauf hin, daß er schon deswegen nicht dazu gehört, „weil das Gesetz keineswegs darauf abhebt, ob die Bemühungen irgendwelchen Erfolg gehabt haben oder nicht“).

[1]) So Frank § 204 II; Finger Lehrb. S. 321; Schoetensack a. a. O. S. 444 b; Olshausen § 204 III; Hatzig S. 63; Schmitz-Otto S. 30 31.

[2]) a. a. O. S. 445, Anm. 1.

Objektiv wirkt die tätige Reue jedoch nur dann, wenn die Parteien, also beide Gegner, den Zweikampf aufgegeben haben.

Daraus kann man aber nicht schließen, daß die Aufgabe von Seiten einer Partei völlig bedeutungslos wäre. Es entspricht dem Sinne des § 204, wenn man auch solch' nur einseitigem Abstehen Bedeutung beimißt. Das wird besonders deutlich, sofern man bedenkt, daß die Aufgabe des Kampfes schon vom Augenblick der Herausforderung an, also ehe der Gegner angenommen hat, möglich ist. Da muß doch der Herausforderer sich auch durch einseitige Aufgabe des Kampfes straffrei machen können[1]).

Strittig ist vor allem, wie weit sich die Wirkung der einseitigen tätigen Reue erstreckt; daß auch sie objektiv für die Gegenpartei wirkt, nimmt das Reichsgericht an[2]), mit folgenden Gründen: „Wäre Aussöhnung beider Parteien ein unerläßliches Erfordernis der Anwendung des § 204, dann könnte in dessen Bereich die Willkür eines rauflustigen Gegners verhindern, daß die Gunst des Gesetzes einer Partei zuteil wird, die dem Frieden zuliebe ihren Rücktritt erklärt hat, aus löblichen Motiven also, dem Gesetz sich wieder unterworfen hat. Eine solche Ungerechtigkeit kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben".

Jedoch sollte man m. E. gerade aus dieser Argumentation des Reichsgerichts den Schluß ziehen, daß nicht auch der „rauflustige Gegner" straffrei werden sollte, noch dazu bei ihm die Freiwilligkeit nicht vorhanden ist, wenn er nur deswegen den Zweikampf nicht ausführt, weil der andere sich weigert.

Ist die Wirkung aber vielleicht wenigstens insofern objektiv, als alle Teilnehmer der aufgebenden Seite durch deren tätige Reue straffrei werden? Für die Kartellträger will das Binding[3]) gelten lassen. Ich vermag aber keinen Grund einzusehen, weshalb die einseitige Aufgabe auch für den Gehilfen — denn das ist der Kartellträger — wirken soll. Sondern genau wie in allen andern Fällen wird die Wirkung hier eine subjektive sein, die lediglich dem zugute kommt, in dessen Person der Grund vorliegt. Etwas anderes ist es, wenn die

[1]) So Frank § 204 II; Meyer-Allfeld S. 412, Anm. 36; Schoetensack a. a. O. 244/45; Olshausen § 204, Anm. 5; Schmitz-Otto S. 34. Aufgabe von beiden Parteien wird verlangt von v. Liszt § 93 III, Anm. 13; Oetker G. S. Bd. 64, S. 250; Hatzig S. 63; Wein S. 57.

[2]) R. G. 35 S. 262.

[3]) Lehrb. I S. 71.

Partei unter Einwirkung dieser Teilnehmer zurückgetreten ist. Dann liegt auch bei ihnen tätige Reue vor und aus diesem Grunde werden nun auch sie straffrei[1]).

§ 16.

c) Tätige Reue bei der Brandstiftung.

(§ 310 Str. G. B.)

Zum Schluß kennt das Strafgesetzbuch noch einen letzten Fall der tätigen Reue: bei der Brandstiftung. § 310 bestimmt:

> „Hat der Täter den Brand, bevor derselbe entdeckt und ein weiterer, als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schaden, entstanden war, wieder gelöscht, so tritt Straflosigkeit ein".

Das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift erstreckt sich auf die §§ 306—309, d. h. auf vorsätzliche und fahrlässige Brandstiftung. Nicht aber auch auf den Versicherungsbetrug des § 265. Das geht schon klar und deutlich aus der Stellung des § 310 und aus seinem Wortlaut hervor[2]).

Der Täter muß den Brand gelöscht haben. Ähnlich, wie bei § 46 II, muß der Erfolg tatsächlich verhindert sein. Er selbst, oder von ihm veranlaßte Personen, müssen positiv tätig geworden sein. Der gute Wille und die löbliche Absicht allein reichen nicht aus. Und zwar muß das Löschen erfolgt sein unter zwei Bedingungen, die wie bei den §§ 46 II, 158 und 163 II rein objektiver Natur sind.

1. Der Brand darf noch nicht entdeckt sein. Über den Begriff der Entdeckung gilt dasselbe, wie oben beim § 46 II erörtert ist. Und
2. muß er gelöscht sein, „bevor ein weiterer, als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schaden, entstanden ist".

Das Reichsgericht[3]) versteht unter „weiteren Schaden" einen „erheblichen".

Noch weiter geht Schaper[4]), der erst dann einen weiteren Schaden annimmt, wenn der Brand bereits einen derartigen

[1]) So vor allem Schoetensack a. a. O. S. 445; und Frank § 204 II.

[2]) So Frank § 310; Schoetensack a. a. O. S. 442; Olshausen § 310, 1a; Wein S. 59; Hatzig S. 64; R. G. Bd. 19, S. 394; a. M. Herzog S. 259.

[3]) R. G. Bd. I, S. 375.

[4]) In v. Holtzendorf, Handb. III, S. 883, Anm. 20.

Umfang angenommen hat, daß der Täter allein ihn nicht mehr löschen kann.

Doch diese Ansichten entsprechen keinesfalls dem Wortlaut des Gesetzes. Allein gesetzmäßig ist die herrschende Ansicht. Sie verlangt, daß das Feuer noch nicht über seinen ursprünglichen Brandherd hinaus sich ausgebreitet und weitere Punkte ergriffen hat. Wann das vorliegt, bleibt Tatfrage und dem Ermessen des Richters überlassen[1]). In der Praxis muß demnach der Täter wohl alsbald nach Anlegen des Feuers die konträre Tätigkeit des Löschens in Angriff nehmen.

Hat er all dies getan, so bleibt er, aber auch nur er persönlich, straflos. Nach herrschender Ansicht wird das mit der Brandstiftung fast immer konkurrierende Delikt der Sachbeschädigung ebenfalls straflos. Allerdings führt diese Meinung zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß derjenige, der vom Versuche der Brandstiftung zurücktritt u. U. wegen Sachbeschädigung strafbar ist, der aber, der die Brandstiftung vollendet hat, sich durch tätige Reue völlig straflos machen kann. Nun wird Rücktritt vom Versuch der Brandstiftung verhältnismäßig selten sein, denn meist wird der Täter, wenn er überhaupt beginnt, soweit gehen, wie er es noch ohne Gefahr kann. Das heißt, er wird fast immer bis zur vollendeten Brandstiftung gelangen, da er sich ja auch dann noch von Strafe befreien kann.

Die Teilnehmer bleiben bei tätiger Reue des Brandstifters strafbar. Doch muß auf sie, entsprechend § 46, der § 310 analog angewandt werden, wenn bei ihnen die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.

Mit diesen wenigen Vorschriften ist die Anwendungsmöglichkeit der tätigen Reue als Strafaufhebungsgrund im Reichsgesetzbuch erschöpft. Außer einigen Bestimmungen im Militärstrafgesetzbuch spielt sie auch in den Nebengesetzen kaum eine Rolle.

De lege ferrenda könnte man zweifeln, ob eine solche Einzelregelung, wie sie der Gesetzgeber der tätigen Reue zuteil werden läßt, befriedigend ist, oder ob es besser wäre, das Problem generell zu ordnen.

Wenn auch eine ganz allgemeine Bestimmung vielleicht nicht nötig und angebracht wäre, so sollten doch einige größere Deliktsgruppen gemeinschaftlich und gleichmäßig mit dieser Strafbefreiungsmöglichkeit bedacht sein. Vor allem empfiehlt es sich, wie wir bei Erörterung des Rücktritts vom Versuch

[1]) So Schoetensack a. a. O. S. 443; Frank § 310, I; Olshausen § 310, Anm. 3; Wein S. 60; Schmitz-Otto S. 41.

schon gesehen haben, die tätige Reue bei allen als delicta sui generis unter Strafe gestellten Vorbereitungshandlungen, bei denen infolge ihrer formellen Vollendung eine Anwendung der Vorschriften des § 46 nicht möglich ist, zuzulassen. Auch sonst gibt es noch Deliktsgruppen, die einer einheitlichen Regelung dieser Frage bedürften. Es würde aber über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen, darüber genauere Untersuchungen anzustellen. Ausführlich darüber schreibt Schoetensack im IV. Kapitel seiner Abhandlung „tätige Reue" in den vergleichenden Darstellungen Bd. II S. 458.

---

2. Abschnitt.

§ 17.

Rücktritt vom Versuch und tätige Reue im Strafgesetzbuchentwurfe von 1927.

Zum Schluß dieser Arbeit soll noch kurz untersucht werden, ob und wie sich die Bestimmungen über den „Rücktritt vom Versuch" und die „tätige Reue" im amtlichen Strafgesetzentwurf von 1927 geändert haben.

Der § 27 I u. II des Entwurfes, der dem heutigen § 46 entspricht, lautet in der Reichstagsvorlage:

> „Wegen Versuches wird nicht bestraft, wer aus freien Stücken die Ausführung aufgibt oder bei Beteiligung mehrerer verhindert.
>
> Wegen Versuches wird ferner nicht bestraft, wer aus freien Stücken den zur Vollendung gehörigen Erfolg abwendet."

Zunächst fällt bei der Fassung des Rücktritts im Entwurf auf, daß das Erfordernis der Freiwilligkeit klar und deutlich ausgesprochen ist. „Aus freien Stücken" muß die Ausführung aufgegeben sein. Die umständliche und unklare Form des § 46, die mit einer doppelten Negation arbeitet und die zu reichlicher Kritik[1]) Anlaß gegeben hat, ist dieser positiven Form gewichen.

[1]) Schoetensack in Festschr. f. Binding S. 425 und Allfeld in Festschr. f. Frank S. 88.

Der leidige Unterschied zwischen beendigtem und unbeendigtem Versuch ist aber im § 27 bestehen geblieben. Allerdings hat eine erhebliche Angleichung zwischen beiden stattgefunden. Sie unterscheiden sich eigentlich nur dadurch, daß, wie bisher, beim unbeendigten Versuch das Aufgeben der Ausführung genügt, bei beendigtem aber der Erfolg verhindert werden muß.

Im übrigen ist jedoch auch hier in § 27 II das Erfordernis der Freiwilligkeit positiv aufgestellt. Der Erfolg muß ebenfalls aus „freien Stücken" verhindert sein. Damit erübrigt sich dann der Zusatz „durch eigene Tätigkeit" und „vor der Entdeckung", wie sie in § 46 II zu finden sind; denn, wie wir gesehen haben, sollen ja auch sie nur die Freiwilligkeit ausdrücken.

Die Angleichung zwischen beendigtem und unbeendigtem Versuch besteht somit vor allem darin, daß bei beiden das Erfordernis der Freiwilligkeit ein subjektives ist und nicht mehr beim beendigten Versuch, wie in § 46 II an die objektive Voraussetzung „vor der Entdeckung" geknüpft ist.

Jetzt kommt es also lediglich auf den Glauben des Täters an. Hielt er sich für entdeckt, so kann das unter Umständen die Freiwilligkeit ausschließen. War er aber wirklich entdeckt, wußte er das jedoch nicht, so kann er noch immer aus „freien Stücken" handeln[1]).

Noch eine andere Streitfrage wird durch diese Fassung aus der Welt geschafft. Es unterliegt jetzt keinem Zweifel mehr, daß der Täter auch dann vom beendigten Versuch zurücktreten kann, wenn der Verletzte Kenntnis davon hat[2]). Denn wie Allfeld[3]) sagt, kann man „die Möglichkeit der Entdeckung nicht mehr als Voraussetzung der Strafbefreiung ansehen".

Weiter ist auch die Frage des Rücktritts der Teilnehmer endgültig geregelt.

Der § 27 braucht auf die Teilnehmer nicht mehr, wie § 46, im Wege der Analogie angewandt zu werden, sondern es ist eine direkte Anwendung möglich; denn das Wort „Täter" ist gestrichen. Jeder Teilnehmer kann seine Ausführungshandlung aufgeben bezw. ihren Erfolg verhindern und sich so straffrei machen.

Das gilt auch für den nicht beendigten Versuch, trotzdem in § 27 I noch besonders bestimmt wird, daß auch der straf-

[1]) So auch Allfeld in Festschr. f. Frank S. 88.

[2]) Anm. In dieser Arbeit war der Standpunkt schon für das geltende Recht vertreten worden.

[3]) a. a. O. S. 89.

frei wird, der die „Ausführung“ bei Beteiligung mehrerer verhindert. Das heißt, der Täter kann sich dadurch straffrei machen, daß er, ohne seine Teilnahmehandlung aufzugeben, die Ausführung der Haupttat verhindert[1]).

Schließlich bestimmt der Absatz III des § 27:

> „unterbleibt die Ausführung oder der Erfolg ohne Zutun des Zurücktretenden, so genügt, solange er das nicht weiß, zu seiner Straflosigkeit sein ernstliches Bemühen, die Ausführung zu verhindern, oder den Erfolg abzuwenden“.

Damit ist eigentlich jedes objektive Erfordernis für den Rücktritt gefallen. Der Entwurf stellt sich auf einen ganz subjektiven Standpunkt. Der Zurücktretende braucht garnichts mehr zu erreichen, wenn er nur im guten Glauben handelt. Jetzt ist auch für die Subjektivisten der Rücktritt vom untauglichen Versuch keine Klippe mehr; denn auch bei ihm kann der Täter nach § 27 III zurücktreten.

Allfeld[2]) hält die Worte „solange er es nicht weiß“ für überflüssig. Denn, wenn jemand wisse, daß das von ihm eingegebene Gift untauglich sei, dann würde er kein Gegengift eingeben.

M. E. hat dieser Zusatz aber gerade insofern eine Bedeutung, als der Täter nicht durch eine bloße Scheinhandlung — denn das wäre sein Tun, wenn er die Ungefährlichkeit seines Mittels kennte — sich von Strafe befreien können soll.

Dem qualifizierten Versuch gegenüber steht der Entwurf auf demselben Standpunkt wie das geltende Recht. Wenn es auch in § 27 nicht mehr heißt, der Versuch als „solcher“ bleibt straffrei, so ist doch aus seiner Fassung: „wegen Versuches wird nicht bestraft . . .“ zu schließen, daß der Täter nur des Versuches wegen nicht bestraft werden soll, wohl aber wegen des konkurrierenden vollendeten Delikts.

Nach wie vor ist jedoch die Frage nicht endgültig geklärt, ob der Begriff „Versuch“ formell oder materiell gemeint ist, d. h. ob auf Vorbereitungshandlungen, die als delicta sui generis unter Strafe gestellt sind, die Rücktrittsbestimmungen Anwendung finden können.

Der in dieser Arbeit für das geltende Recht vertretene Standpunkt — daß es von solchen delicta sui generis keinen Rücktritt gibt — dürfte auch für den Entwurf gelten. Besonders folgt das daraus, daß bei einer ganzen Reihe solcher

[1]) Allfeld a. a. O. S. 97.
[2]) a. a. O. S. 82.

Delikte Sonderbestimmungen getroffen sind, die dem Täter eine Strafbefreiung ermöglichen.

Doch das führt uns, da es sich hier um formell vollendete Delikte handelt, auf das Gebiet der tätigen Reue.

Eine generelle Regelung, wie sie von Schoetensack[1]) für wünschenswert gehalten wird, hat uns der Entwurf nicht gebracht. Für die Zulassung der tätigen Reue, gerade bei den unter Strafe gestellten Vorbereitungshandlungen, ist auch Allfeld[2]). Sicher würde das auch dem Rechtsempfinden am besten entsprechen. Zwar ist die Zahl der Einzelbestimmungen, die dem Täter die Möglichkeit geben, sich von Strafe zu befreien, erheblich gewachsen, aber umsomehr fällt die Uneinheitlichkeit auf diesem Gebiete auf.

Neben dem einzigen Falle der tätigen Reue bei Vorbereitungshandlungen im geltenden Strafgesetzbuch, dem § 204, der im Entwurf (§ 271 II) in der Form erscheint, daß nur Herausforderung und Annahme und nur für den straffrei werden, der den Zweikampf aufgibt — also keine objektive Wirkung mehr! — weist der Entwurf noch folgende Sonderbestimmungen auf:

Im § 88 c für die Vorbereitungshandlung zum Hochverrat. Die Erfordernisse sind, da es sich ja materiell um Versuch und nur formell um ein vollendetes Delikt handelt, ganz ähnlich wie bei den Bestimmungen des § 27 über Rücktritt vom Versuch.

Nach § 175 wird bestraft, wer an staatsfeindlichen Verbindungen teilnimmt. Im Absatz III dieses Paragraphen wird dem, der das Bestehen solcher Verbindungen so rechtzeitig angibt, daß etwa beabsichtigte strafbare Handlungen verhindert werden können, Straffreiheit versprochen.

Dasselbe bestimmt § 176 III bei den vom Entwurf sogenannten „Verbindungen zu Verbrechen wider das Leben".

Der § 196 III, etwa dem „Duchesne-Paragraphen" 49a des geltenden Strafgesetzbuches entsprechend, gewährt demjenigen Straffreiheit, der „jemand zu einem Verbrechen zu verleiten gesucht hat, oder das Anerbieten eines anderen zu einem Verbrechen angenommen hat", wenn er freiwillig das Verbrechen verhindert.

Dasselbe bestimmt § 197 II für das Komplott.

Es bleiben aber eine ganze Reihe von Vorbereitungshandlungen über, von denen es keine Strafbefreiungsmöglichkeit gibt. Z. B. § 211, § 220.

---

[1]) Tätige Reue S. 485 ff.

[2]) a. a. O. S. 103.

Geblieben ist die Bestimmung der tätigen Reue beim Meineid und falscher eidesstattlicher Versicherung im Entwurf § 190. Nur gibt es für den fahrlässigen Täter, genau wie für den vorsätzlichen, lediglich noch eine Strafmilderung nach freiem richterlichem Ermessen, keinen vollen Straferlaß mehr.

In einer Beziehung ist der Entwurf — wenigstens teilweise — den Vorschlägen Schoetensack's[1]) gefolgt. Der § 237 erkennt die tätige Reue für einen Teil der Gefährdungsdelikte an. § 237 bestimmt: „beseitigt der Täter in den Fällen der §§ 225 bis 233, 236 die Gefahr aus freien Stücken, so kann das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern, auch ganz von Strafe absehen".

In den §§ 225 bis 233 handelt es sich um Gefährdungsdelikte. Auch die Brandstiftung — für die schon im geltenden Recht § 310 eine straffreimachende tätige Reue anerkennt — gehört hierzu und ist im Entwurf zum Gefährdungsdelikt gestempelt.

Schon die Fassung des Gesetzes — „wer eine Sache in Brand setzt und dadurch eine Gefahr . . . herbeiführt (§ 225); wer eine Explosion (§ 226), eine Überschwemmung (§ 227), verursacht und dadurch eine Gefahr . . . herbeiführt; wer ein Schiff zum Sinken oder Stranden bringt (§ 228) und dadurch eine Gefahr . . . . herbeiführt usw." — weist darauf hin, daß es sich hier um Gefährdungsdelikte handelt.

Einen kleinen Schritt vorwärts hat der Entwurf also in dieser Beziehung getan.

Vielleicht tut der Gesetzgeber auch den weiteren Schritt und beschert uns im neuen Strafgesetzbuch, das wir über kurz oder lang zu erwarten haben eine dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechende, generelle Regelung dieses Gebietes.

---

[1]) Tätige Reue S. 458.